DIE KOSTENVORSCHUSS-PFLICHT

DES EHEMANNES GEGENÜBER SEINER GATTIN IN DEN GESETZLICHEN GÜTERSTÄNDEN DES BGB.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE
EINER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT DER
LANDES-UNIVERSITÄT ROSTOCK

VORGELEGT VON

CARL-LUDWIG FREUDENTHAL
REFERENDAR

CARL HINSTORFFS HOFBUCHDRUCKEREI
ROSTOCK 1932

Referent: Prof. Dr. Walsmann.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINEN LIEBEN ELTERN!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552721_0110

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1.

1. Abschnitt: Einleitung.

Abgrenzung des Begriffes Kosten und Umreißung der Fragenkomplexe des Themas 13

2. Abschnitt: Hauptteil.

A. Die Begründung für die Kostenvorschuß-Pflicht des Ehemannes gegenüber seiner Gattin.

I. In der Verwaltungsgemeinschaft.

1. Die bejahenden Theorien.

§ 2. a) Die Unterhaltstheorien.

α) Die ältere Unterhalts-Theorie . . . 15

β) Die jüngere Unterhalts-Theorie . . 18

§ 3. b) Die güterrechtlichen Theorien.

α) Die — Kostenvorschieß-Theorie . . 20

β) Die — Kostenvorschuß-Theorie . . 24

§ 4. c) Die Gewohnheitsrechts-Theorie 29

§ 5. 2. Die Verneinung der Kostenvorschuß-Pflicht . 30

§ 6. 3. (Würdigung.) Die Begründung der güterrechtlichen Kostenverschuß-Theorie 37

I. Anhang: Grenzen der Kostenvorschuß-Pflicht . 51

§ 7. II. Die Kostenvorschußfrage im Güterstande der Gütertrennung.

1. Verneinende Stimmen 52

2. Bejahende Stimmen 53

3. Würdigung 53

B. Der Umfang der Kostenvorschuß-Pflicht des Ehemannes gegenüber seiner Gattin

§ 8. I. Die allgemeinen Fragen über den Umfang der Kostenvorschuß-Pflicht.

1. Die Erläuterung des Begriffes: „Kosten des Rechtsstreites“ 56

a) Die weitere Fassung des Kostenbegriffes . 56

Seite

b) Die engere Fassung des Kostenbegriffes . 57
c) Würdigung 58
2. Grenzen hinsichtlich der Höhe der Verpflichtung 59
3. Fälligkeit der Leistungen aus der Kostenvorschuß-Pflicht 59

§ 9. II. Einzelfragen.
1. Die Haftung für die Verpflichtung 60
2. Die Pfändbarkeit 61
a) Beim Manne 61
b) Bei der Frau 62
3. Aufrechnung 64

§ 10. III. Kostenvorschuß-Pflicht und Armenrecht.
1. Allgemeines 65
2. Beim Armenrecht des Mannes 66
3. Beim Armenrecht der Frau 69

C. **Prozessuales zur Kostenvorschuß-Pflicht.**

§ 11. I. Allgemeines zur Kostenvorschuß-Pflicht in prozessualer Hinsicht 75

§ 12. II. 1. Die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung wegen des Kostenvorschuß-Anspruches im Rechtsstreite der Ehefrau gegen ihren Gatten
a) Bejahende Stimmen 80
b) Verneinende Stimmen 83
c) Würdigung 87
2. Grenzen der einstweiligen Verfügung. . . 92

§ 13. III. Zuständigkeitsfragen in besonderen Fällen.
1. Die Zuständigkeit zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung bei Berufung wegen der Hauptsache 95
a) Stimmen für die Zuständigkeit des Berufungsgerichts 95
b) Stimmen für die Zuständigkeit des Gerichtes I. Instanz 96
c) Würdigung 96
2. Die Zuständigkeit zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung bei Berufung wegen der einstweiligen Verfügung 96
a) Zuständigkeit beider Gerichte 97
b) Ausschließliche Zuständigkeit des Gerichtes I. Instanz 98
c) Würdigung 98

Abkürzungen der benutzten Sammlungen und Zeitschriften.

Arch.Ziv.Prax.: Archiv für die zivilistische Praxis.
Bayr.Zeitschr.: Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Braunschw.Zeitschr.: Zeitschrift für Rechtspflege in Braunschweig.
D.J.Z.: Deutsche Juristen-Zeitung.
Gruchot: Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Hanseat.Ger.Bbl.: Hanseatische Gerichtszeitung, Civil. Beibl.
Hess.Rechtspr.: Hessische Rechtsprechung.
J.W.: Juristische Wochenschrift.
K.V.J.Sch.: Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
Meckl.Zeitschr.: Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege, Rechtswissenschaft und Verwaltung.
Recht: Das Recht, herausgegeben von Lindemann und Soergel.
RG.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen mit Band- und Seitenzahl.
RG.Str.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen mit Band und Seitenzahl.
Rspr.: Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
Sächs.Arch.: Sächsisches Archiv für Rechtspflege.
Seuff.A.: Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Seuff.Bl.: Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
Warn.: Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. Erg. Bd. Rechtsprechung des Reichsgerichts.
Z.Z.P.: Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.
§: § des BGB.

Literaturverzeichnis.

Aal: Hat der Ehemann seiner Ehefrau in Rechtsstreitigkeiten zwischen den Ehegatten beim gesetzlichen Güterstande einen Kostenvorschuß zu leisten? J.W. 1902 S. 563 ff.

Achilles: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 12. Aufl. Berlin und Leipzig 1927.

Axhausen: Zur Frage der Kostenvorschußpflicht des Ehemannes. J.W. 1900 S. 362 ff.

Barre, E.: Besteht nach dem BGB. eine Verpflichtung des Ehemannes, seiner Frau im Ehescheidungsprozeß einen Kostenvorschuß zu gewähren? „Recht" 1900 S. 204 ff.

Baumbach: Die Reichskostengesetze. 2. Aufl. Berlin 1927.

Baumbach: ZPO. 6. Aufl. Berlin 1931.

Breme: Einstweilige Verfügungen des Ehescheidungsgerichts über Unterhaltsrente und Prozeßkostenvorschuß. J.W. 1920 S. 1021 ff.

Bürck, G.: Kostenvorschußpflicht des Ehemannes im Scheidungsprozeß. J.W. 1900 S. 269.

Bürck, G.: Nochmals zur Frage der Kostenvorschußpflicht des Ehemannes im Scheidungsprozeß. J.W. 1900 S. 337 ff.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 7./8. Aufl. Jena 1924.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Bd. Immaterialgüterrecht—Familienrecht, Tübingen 1908; 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen und Leipzig 1902.

Davidson: Ehescheidung, Das Recht der — nach BGB. Berlin 1900.

Davidson: Muß der Ehemann nach BGB. der Frau im Ehescheidungsprozeß einen Kostenvorschuß gewähren? D.J.Z. 1900 S. 160 ff.

Dengel: Kostenschuldenhaftung des Mannes in Prozessen der Frau nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Würzburger Masch.-Diss. 1923.

Dernburg: Das bürgerliche Recht. 4. Bd. Deutsches Familienrecht. Halle an der Saale 1903.

Dernburg: Das bürgerliche Recht. 1. Bd. Halle/Saale 1902.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. u. 9. Aufl. 2. Bd. 2. Abt. Familienrecht, Berlin 1908.
Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd. Marburg 1931. 13. Bearbeitung.
Erler: Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozeß einschl. der Nichtigkeitserklärung der Ehe im Deutschen Reich. 2. Aufl. Berlin 1900.
Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch v. 18. Aug. 1896. Herausgegeben von O. Fischer und W. v. Henle, 13. Aufl. München 1927.
Fleiner: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts. 8. Aufl. Tübingen 1928.
Fleischmann: Der Kostenvorschuß der Frau im Ehescheidungsprozeß, Recht 1900 S. 151 ff.
Förster-Kann: ZPO. I. Bd. 3. Aufl. Berlin 1913. II. Bd. 3. Aufl. Berlin 1926.
Freudenthal, H.: ZPO. 4. Aufl. besorgt von Sauerländer, München 1926.
Fritze: Kr.V.J.Schr. 1901. Bd. 43 S. 328 ff. (331).
Fuld: Hess. Rechtsprechung, Nr. 1 S. 23.
Goldmann u. Lilienthal: Das BGB. 3. Bd. 1. Abtlg. Familienrecht, Berlin 1914.
Goldschmidt, James: Zivilprozeßrecht, Berlin 1929.
Grünwald: Die Stellung der Ehefrau im Zivilprozeß bei bestehender Verwaltungsgemeinschaft. Recht 1901 S. 60 ff.
Hachenburg: Das BGB. Vorträge, Mannheim 1897.
Hellwig: System des Deutschen Zivilprozeßrechts. II. Teil, Leipzig 1919.
Herold: Die Vorschußpflicht des Ehemannes, Gruchot. Beitr. Bd. 46 S. 843 ff.
Hülle: Der Unterhaltsanspruch der Ehefrau auf Geld. Leipzig 1926.
Jonas: Das deutsche Gerichtskostengesetz. 2. Aufl. Berlin 1927.
Kisch: J.W. 1925 S. 826 zu 50.
Klien, G.: Ueber die Kostenvorschußpflicht des im gesetzl. Güterstande lebenden Ehemannes im Scheidungsprozesse und die Voraussetzungen zum Erlasse einer einstweiligen Verfügung. Sächs. Arch. Bd. 1 (1906) S. 421 ff.
Knitschky: Meckl.Zeitschr. Bd. 20 S. 100.
Kohler: Lehrbuch des BGB., 3. Bd. Familienrecht. Berlin 1915.
Kuhlenbeck: Das BGB. für das Deutsche Reich. 2. Aufl. 2. Bd. Berlin 1903.
Lehmann: Familienrecht des BGB. Berlin und Leipzig 1926.

Loewenwarter: Lehrkommentar zum BGB. V. Bd. Familienrecht. Berlin 1929.
Marwitz: Muß der Ehemann der Ehefrau nach BGB. im Ehescheidungsprozeß einen Kostenvorschuß gewähren? D.J.Z. 1900 S. 43 ff.
Matthiass: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Bd. Berlin 1914. 6. und 7. Aufl.
Meikel: Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 65 S. 185 ff.
Meisner: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, komment. von J. Meisner, 4. Buch, Familienrecht. Breslau 1905.
Meyerhoff, G.: Die Kostenvorschußpflicht des Ehemannes gegenüber der Ehefrau im Ehescheidungsprozeß. J.W. 1900 S. 690 ff.
Mittelstein: Muß der Ehemann nach BGB. im Ehescheidungsprozeß einen Kostenvorschuß gewähren? D.J.Z. 1900 S. 160.
Motive zu dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich. Familienrecht, II. Aufl. Berlin 1896.
Müller: Anspruch einer Ehefrau gegen den Ehemann auf Leistung eines Prozeßkostenvorschusses und Pfändbarkeit dieses Anspruches. D.J.Z. 1917 S. 1438 ff.
Munck, Marie: Recht und Rechtsverfolgung im Familienrecht. Berlin 1929.
Neumann: Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 2. Bd. 6. Aufl. Berlin 1912.
Neumiller: ZPO. für das Deutsche Reich. München 1903.
Opet u. W. Blume: Das Familienrecht, 1. Abschn. Bürgerl. Ehe. Erläutert von Opet. Berlin 1906.
Oppler: Die Kostenvorschußpflicht des Ehemannes und das Armenrecht. J.W. 1908 S. 290 ff. 2. Bd.
Petersen: Kommentar zur ZPO. 5. Aufl. Lahr. 1906.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz 4. Bd. Familienrecht 4. Aufl. Berlin 1924.
Planck: 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl. Berlin 1914.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Berlin 1897. Bd. IV. Familienrecht.
Reichel: In Leipziger Zeitschrift V. S. 406.
R.G.R.-Komm.: Das BGB. mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. I. Bd. BGB. I. und II. 1. Berlin und Leipzig 1928.
R.G.R.-Komm.: IV. Bd. Familienrecht, 6. Aufl. Berlin und Leipzig 1928. (Teil Eherecht, bearbeitet von Erler.)
Rittmann: Deutsches Gerichtskostengesetz, 6. Aufl. Mannheim und Leipzig 1914.

Rittmann-Wenz: Das deutsche Gerichtskostengesetz, Gebührenordnung für Rechtsanwälte, 14. Aufl. Mannheim, Berlin und Leipzig 1929.

Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Aufl. Berlin 1931.

Rosenthal: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 10. Aufl. Berlin 1923.

Sachs: Die Frage der einstweiligen Verfügungen auf Unterhaltsrente und Prozeßkostenvorschuß. J.W. 1921 S. 731.

J. Schäfer: Über einstweilige Verfügungen in Ehesachen. II. Prozeßkostenvorschußpflicht des Ehemannes. Bayr.Zeitschr. 1906 S. 91 ff.

Schäfer: Hanseat.Ger.Beibl. 1900 S. 55 ff.

Scherer: Familienrecht des BGB. für das Deutsche Reich, in: Die Gesetzgebung des Deutschen Reiches. Erlangen 1899.

Schmidt: Familienrecht von A. B. Schmidt, I. W. Hedemann und A. Fuchs, 1. Abschn. Die bürgerliche Ehe, erl. von A. B. Schmidt. München 1907.

Schröder: Das eheliche Güterrecht nach BGB. 3. Aufl. Berlin 1900.

Seuffert: Komm. zur ZPO. 9. Aufl. München 1904.

Skonietzky-Gelpcke: ZPO. I. Berlin 1911.

Staudinger: J. v.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und den Einführungsgesetzen. 2. Bd. 1. Teil: Recht der Schuldverhältnisse. 7./8. Aufl., erl. von Kuhlenbeck, München, Berlin 1912. 4. Bd. Familienrecht 9. Aufl. 1926, erl. von Engelmann, herausgegeben von Keidel, München, Berlin, Leipzig.

Stein-Jonas: Kommentar zur ZPO. 14. Aufl. Tübingen 1928 I. Bd., 1929 II. Bd.

Sydow-Busch-Krantz: ZPO. 20. Aufl. Berlin und Leipzig 1930.

Tuhr, Andreas v.: Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 1. Bd. Leipzig 1910.

Ullmann: Güterrecht, Das gesetzliche, eheliche — in Deutschland. 2. Aufl. Berlin 1904.

Ullmann: Kostenvorschußpflicht des Ehemannes im Ehescheidungsprozesse. Arch.Ziv.Prax. Bd. 92 S. 288 ff.

Walsmann: In Z.Z.P. 1929 S. 366 (Bd. 54).

Warneyer: Kommentar zum BGB. für das Deutsche Reich, 1. Bd. Tübingen 1923, II. Bd. Tübingen 1927.

Werner, G.: Stand der Rechtsprechung über die Kostenvorschußpflicht des Ehemanns gegenüber der Ehefrau, Recht 1900 S. 366.

Wieruszowsky: Handbuch des Eherechts, Bd. I. Düsseldorf 1900.
Wieruszowsky: Zur Frage der Kostenvorschußpflicht des Ehemanns im Scheidungsstreite, Recht 1900 S. 370 ff.
Wieruszowsky: In Z.Z.P. 1928 S. 45.
Wieruszowsky: In J.W. 1925 S. 393.
Wolff, Martin: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts von Enneccerus, Kipp und Wolff, 4. Bd. Das Familienrecht, 7. Bearbeitung, 21.—23. Aufl. Marburg 1931.
Wolff: Zuständigkeit des Prozeßgerichts, durch einstweilige Verfügung gemäß § 940 ff. ZPO. anzuordnen, daß der auf Scheidung klagende Ehemann seiner Ehefrau deren Anwaltskosten vorzuschießen hat usw. Recht 1903, S. 76 ff.

§ 1.

Einleitung.

Die Frage nach der sogenannten Kostenvorschußpflicht des Ehemannes betrifft das Problem, ob und in welcher Höhe der Ehemann wegen der Kostenvorschüsse, die die Ehefrau in ihren, d. h. in den von ihr betriebenen, Prozessen zu leisten hat, in Anspruch genommen werden kann.

Mit Kosten sind also nur die Kosten von Rechtsstreitigkeiten gemeint, wenn auch die Kosten für Rechtsstreitigkeiten aller Art, sofern sie nur als solche der Ehefrau anzusehen sind. Dies sind in erster Linie die privatrechtlichen [1]) und öffentlichrechtlichen [2]) Streitigkeiten vor ordentlichen Gerichten, hierüber hinaus aber auch die Streitigkeiten vor den besonderen Gerichten des § 14 GVG., Verwaltungsgerichten, Behörden, insbesondere Verwaltungsbehörden und Schiedsgerichten [3]). Desgleichen fallen Privatklagen der Ehefrau, wie die Praxis auch anerkennt [4]), hierher. Kein Rechtsstreit der Frau ist ein gegen sie gerichtetes Strafverfahren und damit auch eine gegen die Ehefrau erhobene Privatklage [5]). Die Kosten resp. Kostenvorschüsse für eine Verteidigung unterliegen somit nicht der Untersuchung.

Die allgemein gehaltene Fassung des Gesetzes [6]), Kosten

---

1) § 13 GVG.

2) z. B. Artikel 129, 131, 153 RV.

3) Crome, § 576 II 2. Note 44; Dengel, § 7, S. 22; Dernburg, § 44 II 3a; Goldmann u. Lilienthal, § 21, 9, Anm. 26; Opet, § 1387 2; Planck, § 1387 I 1; RGR.Kom. § 1387 3; A. B. Schmidt, § 1387 2; Staudinger, § 1387 1 Abs. 2; Ullmann, Güterrecht § 17 4 und Warneyer, § 1387 I.

4) RG.Str. 45 408; Dengel, § 7 S. 22; RGR.Kom. § 1387 3; Ullmann, GR. § 17 IV u. Warneyer, § 1387 I.

5) Planck, § 1387 II 4.

6) BGB. § 1387.

eines Rechtsstreites, den die Frau führt, läßt keinen andern Schluß zu, als den, daß es sich sowohl um Aktiv- wie um Passiv-Prozesse der Frau, um Rechtsstreitigkeiten gegen den Mann, wie um solche gegen Dritte handeln kann [7]).

Wegen dieser Verpflichtung des Ehemannes, für die Kostenvorschüsse der Frau aufzukommen, bestehen nun Streitfragen, die schon bald nach dem Erscheinen, insbesondere aber nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzbuches aufgeworfen [8]). und behandelt sind [9]) [10]). Aber trotz vielfacher Bearbeitung und trotz vieler Entscheidungen auch aus den folgenden Jahren, ja aus letzter Zeit [11]), sind die Streitfragen dieser Problemgruppe bis jetzt noch nicht endgültig geklärt.

Die zur Untersuchung stehenden Fragen sind sowohl materiell- wie prozeßrechtlicher Art. Auf der Grundlage dieser Feststellung ergeben sich unter Berücksichtigung des Umstandes, daß es nicht angängig erscheint, die Höhe eines Anspruches zu prüfen, bevor nicht wenigstens grundsätzlich feststeht, daß überhaupt ein solcher gegeben ist, bezüglich Inhalt und Anordnung für diese Untersuchung drei große Fragengebiete, die im Folgenden kurz umrissen sind.

Zunächst ist streitig, ob und auf welcher Grundlage der Ehemann für die Prozeßkostenvorschüsse der Ehefrau in Anspruch genommen werden kann. Abgesehen davon, daß vielfach eine Verpflichtung des Mannes in dieser Richtung überhaupt bestritten wird, besteht zwischen denjenigen, die eine solche Verpflichtung als bestehend ansehen, bezüglich der Begründung, resp. der Konstruktion, keine Einhelligkeit sondern vielmehr größte Divergenz der Ansichten.

Einen weiteren Streitgegenstand bildet der Umfang der Verpflichtung des Ehemannes. Hier ist sowohl die Höhe der geschuldeten Beträge streitig, d. h. man streitet, ob An-

---

7) Herrschende Ansicht, insbesondere Fischer-Henle, § 1387; Planck, § 1387 I 1; RGR.Kom. § 1387 5 6a; Staudinger, § 1387 Ia β; RG. 46 355 und KG. in Rspr. 41 52.

8) Insb. J.W. 00 S. 146.

9) Vor allem in: Jahrgang 1900: D.J.Z.; J.W.; Recht.

10) Aus der Praxis, RG. 46 354 ff.; RG. 47 72 ff.; RG. in J.W. 1900; KG. in J.W. 1900; Rspr. 1 und 4.

11) OLG. Rostock i. Meckl.Zeitschr. 47 14. OLG. Köln in J.W. 1930 S. 729. OLG. Naumburg in J.W. 1930 S. 730.

walts- und Gerichtsvollzieherkosten zu den „Kosten des Rechtsstreits“ gehören, als auch die eventuelle Veränderung des Betrages bei Vorliegen besonderer Umstände, wie Armenrecht usw.

Die Streitfragen prozeßrechtlicher Art endlich knüpfen sich an die Durchsetzung resp. Verfolgung des Anspruches gegen den Mann, insbesondere wird über die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung gestritten, sowie über Zuständigkeitsfragen bezüglich der Gerichte bei dem Erlaß einer solchen.

§ 2.

Die Unterhaltstheorien.

Als erster Gesichtspunkt, aus dem eine Verpflichtung des Ehemannes abgeleitet wird, in Prozessen der Ehefrau für deren Prozeßkostenvorschüsse aufzukommen, ist die dem Manne der Frau gegenüber auferlegte gesetzliche Unterhaltspflicht zu nennen [1]). Sie hat die Grundlage abgegeben für zwei hauptsächlich in der Literatur [2]) vertretene Ansichten, die im Folgenden entsprechend ihrer Entstehungszeit als ältere und jüngere Unterhaltstheorie benannt und dargestellt sind.

Die ältere Unterhaltstheorie [3]) sieht die Verpflichtung des Mannes, der Frau Prozeßkostenverschüsse zu leisten, in folgenden Gedankengängen begründet. § 1360 BGB. verpflichte den Mann, der Frau Unterhalt zu gewähren; dieser umfasse den gesamten Lebensbedarf. In concreto gehöre das dazu, was zur standesgemäßen Lebensgestaltung erforderlich sei. Soweit es nicht standesgemäß erscheine, die Bestellung eines Armenanwalts zu beantragen, umfasse die Unterhaltsverpflichtung auch diejenigen Beträge, die die Frau in Prozessen als Kosten, resp. Kostenvorschüsse zu leisten habe.

---

1) BGB. § 1360.

2) Und vereinzelt in der Praxis: LG. Mainz 18. 10. 1900 in Hess.Rspr. 00 S. 155 ff. mit ausführlicher Begründung, die das damals schon erschienene Material in weitestem Umfange berücksichtigt.

3) Meyerhoff a. a. O. II; Hellwig in Teil II § 245 VI 2 a; Schäfer in Bayr.Zeitschr. 06 S. 93; LG. Mainz 18. Oktober 1900 in Hess.Rspr. 00 S. 155 ff.

Landesrechtlich habe dies vor 1900 allgemein gegolten [4]) und das Preuß. Allg. Landrecht habe sogar eine ausdrückliche Bestimmung dieser Art aufgenommen [5]). Sie lautet:

Zum Unterhalte der Frau gehören auch die sie betreffenden Kur- und Prozeßkosten [6]).

Die Motive hätten mit ihren Ausführungen [7]), „daß die Prozeßkostenvorschußpflicht eine partikulare, gänzlich veralterte prozeßrechtliche Vorschrift" [8]) sei, verkannt, daß bis 1900 tatsächlich die Prozeßkostenvorschußpflicht des Ehemannes der Ehefrau gegenüber bestanden hätte, und zwar auf Grund der Pflicht des Mannes, seiner Frau Unterhalt zu gewähren [9]). Es sei aber nicht einzusehen, warum seit dem 1. Januar 1900 unter dem Begriffe „Unterhalte" etwas anderes zu verstehen sei als bis zu diesem Zeitpunkte. Die irrenden Materialien [10]) könnten nicht ausschlaggebend sein, da sie nicht Gesetz seien [11]). Sie seien, da sie von falschen Voraussetzungen ausgingen, außer Acht zu lassen. Die positive Bestimmung, daß der standesgemäße Unterhalt gefordert wer-

---

4) Meyerhoff a. a. O. V—VIII veröffentlicht das in diesem Sinne ausfallende Ergebnis einer diesbezüglichen, bei Juristen in den gemeinrechtlichen Oberlandesgerichts-Bezirken angestellten Umfrage.

5) Meyerhoff a. a. O. IV; ALR. II. Teil 1. Titel, Von der Ehe, 4. Abschnitt: Von den Rechten und Pflichten der Eheleute in Beziehung auf ihre Person in § 187. (Hellwig zitiert a. a. O. Preuß.ALR. II 1 § 188.)

6) Meyerhoff a. a. O. IV weist in diesem Zusammenhang dann weiter hin auf: ALR. II 1 § 726, der lautet: Die Kosten des Prozesses muß der Mann auf Verlangen der Frau aus ihrem Eingebrachten und in dessen Ermangelung aus eigenen Mitteln vorschießen. Erläuterungen hierzu, auf die jedoch hier nicht näher eingegangen zu werden braucht, bei Dengel § 4 S. 15 und 16.

7) IV, 125, 4.

8) Eine Bemerkung, die man in dieser Schroffheit: Motive IV 125 4, übrigens vergeblich sucht.

9) Meyerhoff a. a. O. III; s. oben Anm. 4.

10) Mot. IV 125: Prozeßkosten gehören nicht zu den Unterhaltskosten. 640: Die Unterhaltspflicht umfaßt nicht die Pflicht, Prozeßkosten zu tragen. 696: Prozeßkosten sind keine Unterhaltskosten.

11) Meyerhoff a. a. O. IX.

den könne[12]), lasse keinen anderen Schluß als den zu, daß auch nach dem heutigen Recht noch die Kostenvorschußpflicht des Ehemannes bestehe und zwar begründet in seiner Pflicht, der Ehefrau Unterhalt zu gewähren[13]).

Neben dieser positiven Stützung auf die gesetzliche Unterhaltspflicht finden sich noch Ausführungen, die es ablehnen, die sogenannte „Kostenvorschußpflicht" auf die güterrechtlichen Bestimmungen des BGB. zu stützen[14]). Hier wird wie folgt argumentiert[15]):

Diese güterrechtlichen Bestimmungen enthielten für den Güterstand der Nutznießung und Verwaltung des Ehemannes lediglich eine Vorschrift bezüglich des Tragens der Prozeßkosten. Der § 1387 BGB. bestimme, daß der Ehemann der Frau gegenüber hierzu verpflichtet sei. Irgend eine Regelung über die Kostenvorschußleistungen des Ehemannes seien hiermit nicht gegeben. Es sei sehr wohl möglich, daß der Mann verpflichtet sein könne, die Führung des Prozesses zu ermöglichen, und daß er nach dessen Beendigung unter Umständen von der Frau Ersatz verlangen könne[16])[17]).

Zusammenfassend ist zu dieser Theorie folgendes festzustellen: Güterrechtliche Gesichtspunkte werden außer Acht gelassen resp. ausdrücklich abgelehnt. Man unterscheidet bewußt „Tragen der Kosten" und „Leisten eines Kostenvorschusses". Für jenes sieht man die güterrechtlichen Bestimmungen als maßgeblich an; für letzteres dagegen die Unterhaltsverpflichtung. Die sich so ergebende Verpflichtung wird „Kostenvorschußpflicht" genannt.

Diesen Gedankengängen ist entgegenzuhalten, daß die Behauptung, der Rechtsbegriff Unterhalt sei in jedem Gesetze gleich umfangreich, nicht begründet erscheint, da es jeder Rechtsordnung überlassen bleibt und bleiben muß, welche

---

12) § 1360 BGB.; Martin Wolff, § 32 I.

13) § 1360/61 BGB.

14) Meyerhoff a. a. O. I behauptet bestimmte Schwierigkeiten auf prozessualem Gebiete auf die unten einzugehen sein wird.

15) Hellwig a. a. O.

16) Hellwig a. a. O. Anm. 56.

17) Als letztes Argument dient ein Hinweis auf die Gütertrennung, vgl. Hellwig a. a. O. und unten § 7 Text zur Anm. 8.

und wie große Rechtsverpflichtungen sie unter einem solchen Sammelbegriff vereinen will. Ein Rückgriff auf die Bedeutung, die der Begriff Unterhalt vor dem 1. Januar 1900 gehabt hat, erscheint daher unangebracht. Bei Zugrundelegung dieser Ansicht werden die oben [18]) zitierten Sätze der Motive, insbesondere unter sinngemäßer Ergänzung eines „fortan" zu einer völligen Widerlegung dieser Theorie und ihrer Begründung. Eindeutig erscheint bestimmt, Prozeßkosten und damit auch Prozeßkostenvorschüsse gehören fortan nicht zu den Unterhaltskosten [19]).

Der ferner festgestellten Unterscheidung zwischen den Verpflichtungen wegen der Kosten und der Kostenvorschüsse ist hier eine inhaltlich gleiche Bedeutung und Behandlung von Kosten und Kostenvorschüssen gegenübergestellt worden. Die hierzu weiter erforderlichen Ausführungen, insbesondere eine Begründung, folgen unten bei der Kritik der güterrechtlichen Kostenvorschießtheorie.

In nicht unerheblichem Gegensatze zu der älteren Unterhaltstheorie steht die jüngere Unterhaltstheorie [20]). Mit jener hat sie, wie aus dem Namen hervorgeht, die Grundlage, den Ausgangspunkt, gemeinsam. Auch sie steht auf dem Standpunkte, daß für den Ehemann eine Pflicht bestehe, die Ehefrau mit den von ihr zu leistenden Kostenvorschüssen zu versehen, begründet in seiner Unterhaltspflicht gemäß § 1360 BGB.; aber ihre weiteren Ansichten über diese Verpflichtung weichen von denen der älteren erheblich ab [21]). Zunächst stellt sie die Kostenvorschüsse den Kosten gleich [22]). Die Kosten-

---

18) Anmerkung 10.

19) Gegen diese Ausführungen spricht auch nicht die Entscheidung des OLG. Frankfurt vom 11. 9. 1919 in J.W. 1920 S. 668 Nr. 2. Sie betrifft die Stellungnahme des österr. Rechts zu dieser Frage. Wenn sich, wie dort ausgeführt, für jenes bezüglich dieser Frage aus der Unterhaltspflicht eine solche Verpflichtung ergibt, so ist daraus für das deutsche Recht nichts zu entnehmen, da der Begriff „Unterhalt" nicht von jedem Gesetzgeber mit gleichem Inhalt ausgestattet wird und ausgestattet zu werden braucht.

20) Dengel a. a. O. ist bislang der einzige Vertreter dieser Ansicht.

21) Dengel a. a. O. § 16 S. 74 ff.

22) Dengel a. a. O. § 15 S. 64.

vorschüsse seien lediglich als Teil der Gesamtkosten zu betrachten, da sie doch auf diese verrechnet würden. Hieraus ergäbe sich, daß so oft das Gesetz von Kosten, resp. vom Tragen der Kosten spreche, auch die Kostenvorschüsse resp. das Tragen der Kostenvorschüsse gemeint seien. Eine solche Bestimmung finde sich nun beim Güterstande der Verwaltungsgemeinschaft im § 1387 BGB.[23]). In dieser Gesetzesstelle sei aber nicht eine güterrechtliche Verpflichtung, erwachsen aus dem bestehenden Güterstande, begründet, sondern eine güterstandsmäßige Abwandlung der Unterhaltspflicht des Ehemannes, die sich ihrerseits aus den Bestimmungen der Wirkungen der Ehe im allgemeinen[24]) ergebe[25]). Diese Abwandlungen der Verpflichtungen des Ehemannes bei den einzelnen Güterständen wären aus Gründen der Billigkeit aufzustellen gewesen. Sie dienten dazu, Härten zu mildern, die sich aus einer gleichmäßigen Regelung dieser Verpflichtung trotz der Verschiedenheit der güterrechtlichen Stellung des Mannes ohne sie bei den verschiedenen Güterständen ergeben würden. Zum Beweise dieser Ansicht wird folgendes ausgeführt: Die Stellung des § 1387 im Gesamtsysteme bei den güterrechtlichen Verpflichtungen begründe noch keinen Beweis, daß es sich um eine reine Güterstandsbestimmung handle. Für die Einordnung dieser Bestimmung unter die güterrechtlichen Paragraphen sei der Grund darin zu suchen, daß der § 1387 von Lasten des Ehemannes sprechend äußerlich zu den §§ 1385/6 gepaßt habe und deshalb diesem angereiht worden sei. Aber schon das Fehlen der Bezugnahme auf die Verwaltung und Nutznießung, die § 1385 und 1386 ausdrück-

---

23) Im Zusammenhange hiermit stehe — Dengel, § 14 S. 60 ff. — die Bestimmung des § 1416 I. Der Verpflichtung des Ehemannes, auch die Kostenvorschüsse zu zahlen, stehe diese Bestimmung nicht entgegen; der einschränkende Nachsatz in diesem Paragraphen habe nicht als Bestimmung von materiell-rechtlicher Bedeutung geschaffen werden sollen, sondern wolle nur besagen: „soweit sie nicht der Mann nach Maßgabe des § 1387 Nr. 1 oder nach allgemeinen prozessualen Bestimmungen — § 91 ZPO. — zu tragen hat." Zur Stützung dieser Ansicht wird auf die Entstehungsgeschichte des § 1416 Bezug genommen.

24) BGB. 4. Buch 1. Abschnitt 5. Titel.

25) Dengel a. a. O. § 17 S. 82.

lich enthielten[26]), weise auf den bestehenden Unterschied hin und lasse den § 1387 als zu den allgemeinen Ehebestimmungen seinem Inhalte nach gehörig erkennen[27])[28]). Zuletzt spreche für diese Ansicht auch noch § 1394, indem dessen Durchsetzungshindernis entfalle, wenn in der Verpflichtung des § 1387 nicht eine güterrechtliche Last gesehen werde, sondern eine aus der Unterhaltsverpflichtung begründete Belastung[29]).

Zu dieser Theorie erscheint bemerkenswert, daß kein Unterschied gemacht wird zwischen Kosten und Kostenvorschüssen. Soweit das Gesetz vom Tragen der ersteren handelt, ist darin auch eine Verpflichtung wegen der letzteren enthalten. Zum Beweise dieser Ansicht findet sich jedoch lediglich der Hinweis, daß die Kostenvorschüsse als Teil der Gesamtkosten aufzufassen seien, sowie jener Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des § 1416. Die Ansicht, daß die Bestimmung des § 1387 die güterstandsmäßige Abwandlung der Unterhaltspflicht des Ehemannes enthalte, steht mit der gegenwärtigen gesetzlichen Regelung des Begriffes „Unterhalt" im Widerspruch; dies lassen die Motive eindeutig erkennen[30]). Durch einen Hinweis auf den § 1394 endlich dürfte diese Ansicht auch noch nicht gestützt sein, da die Möglichkeit einer Ausnahme für diese Ansprüche, auch wenn sie güterrechtlicher Natur sein sollten, nicht ausgeschlossen erscheint.

§ 3.

Die güterrechtlichen Theorien.

Im bewußten und auch ausgesprochenen Gegensatz[1]) zu den Grundgedanken der Unterhaltstheorien stehen die güterrechtlichen Theorien, d. h. die Theorien, die die Verpflichtung

26) Dengel a. a. O. § 15 IV S. 72/73.

27) BGB. 4. Buch 1. Abschnitt 5. Titel.

28) Dengel a. a. O. § 14 S. 63 ff. Zur Begründung der Kostentragungspflicht vgl. oben Anm. 23. Vgl. hierzu unten § 6 Text zur Anm. 21.

29) Dengel, § 15 II S. 68/69.

30) Oben Anm. 10.

1) z. B. RG. 46 354 (für allg. Gütergemeinschaft). OLG. Kiel in Rspr. 13 S. 241. KG. in Rspr. 4 84/85. Klien a. a. O. S. 421. Planck, § 1360 9 § 1387 I 2. RGR.Kom. § 1387 6a. Sydow-Busch-Krantz, § 627 5. Erler, § 45 S. 206—207.

des Ehemannes wegen der Kostenvorschüsse der Ehefrau als Verpflichtungen ansehen, die sich aus dem Güterstande ergeben. Auch hier werden in Wissenschaft und Praxis zwei Theorien vertreten, die güterrechtliche Kostenvorschieß-Theorie und die güterrechtliche Kostenvorschuß-Theorie.

Die erstere Theorie wird vom Reichsgerichte, von zahlreichen Oberlandesgerichten und von einer großen Zahl von Schriftstellern vertreten. Wie der Name sagt, sieht sie eine Verpflichtung des Mannes wegen der Kostenvorschüsse der Frau aus den Bestimmungen über die güterrechtlichen Lasten begründet, indem sie wie folgt argumentiert: Für den hier zur Betrachtung stehenden Güterstand der Nutznießung und Verwaltung seien sedes materiae § 1387 Nr. 1 in Verbindung mit §§ 1415 und 1416 BGB. Für diesen Güterstand, so führen die Gerichte aus[2]), stelle das BGB. § 1387 I als Regel den Satz auf, der Mann sei verpflichtet, die Kosten eines von der Frau geführten Rechtsstreites zu tragen, d. h. die Ehefrau könne der Regel nach beanspruchen, daß der Mann ihr die zum sachdienlichen Betriebe ihrer Prozesse erforderlichen Mittel gewähre. Die Frau habe somit einen Anspruch sowohl auf die Mittel, die sie zur Verteidigung einer Rechtsposition gebrauche, als auch auf die Mittel, die zur Erstreitung einer solchen nötig seien, und zwar sowohl in Prozessen gegen den Mann wie gegen Dritte.

Durch den Nachsatz im § 1387 Nr. 1:

„sofern nicht die Kosten dem Vorbehaltsgute zur Last fallen",

erleide jedoch diese Regel eine Ausnahme, es gebe also Fälle,

---

2) RG. 4. Zivilsenat v. 12. 11. 1900 fast gleichlautend in: RG. 47 72 = J.W. 00 837, RG. J.W. 00 850 = Gruchot 45 1021, RG. J.W. 00 868. Aufrecht erhalten in: RG. Gruchot 46 941 ff. und RG. Gruchot 49 950, RG. J.W. 01 274, 01 735, 11 68, 06 356, 06 560 = Gruchot 51 385 = Seuff.A. 62 Nr. 28, KG. in Seuff.A. 57 Nr. 81, KG. in Rspr. 4 84/85, OLG. Breslau in Rspr. 5 472, OLG. Colmar in Rspr. 11 95, OLG. Hamburg in Rspr. 14 222, OLG. Hamburg in Rspr. 40 69/70, OLG. München in Rspr. 32 6, OLG. Posen in Respr. 16 210, OLG. Rostock in Rspr. 11 90, in Meckl.Zeitschr. 1902 S. 16, in Meckl.Zeitschr. 1916 S. 223, KG. in Rspr. 41 52/53.

in denen der Mann die Prozeßkosten der Frau nicht zu tragen habe. Wegen des Platzgreifens dieser Ausnahmebestimmung werden zwei Anwendungsmöglichkeiten in Erwägung gezogen. Erstens sei es denkbar, daß die Regel des § 1387 Nr. 1 erster Halbsatz immer schon dann nicht zur Anwendung komme, wenn — gemäß den Bestimmungen, die die Schuldenhaftung des Frauenvermögens regeln — die zur Rede stehenden Kosten unter Umständen oder doch der Regel nach dem Vorbehaltsgute zur Last fielen. Diese Auslegung führe unter Berücksichtigung des § 1416 Abs. 1 BGB. dann allerdings zu dem Resultat, daß bei einem Rechtsstreite zwischen den Ehegatten — da ja die Frau unter Umständen unterliegen könne — während des Schwebens des Prozesses keine Verpflichtung des Mannes bestehe, die Beträge, die die Frau zur Prozeßführung gebrauche, herzugeben. Eine solche Auslegung der Ausnahme von der aufgestellten Regel anzunehmen, bestehe jedoch kein Grund. Weder die Formulierung des Gesetzes noch die Entstehungsgeschichte gäben für sie einen Anhalt. Die Auslegung habe sich vielmehr in der anderen in Frage kommenden Richtung zu bewegen. Diese Ausnahme sei an strengere Voraussetzungen als an Wahrscheinlichkeitsmomente gebunden. Sie greife nur schlechthin Platz, und somit entfalle die Regel, daß der Ehemann seiner Frau die Mittel zur Prozeßführung zu gewähren habe, nur dann, wenn feststehe, daß die Kosten — und dies sei bei § 1415 Nr. 3 BGB. der Fall — dem Vorbehaltsgute unbedingt zur Last fielen.

Solange es aber an dieser Voraussetzung, daß es unbedingt feststehe, daß die in Frage stehenden Kosten dem Vorbehaltsgute zur Last fallen, fehle, solange es also noch ungewiß sei, wer von den Gatten die Kosten des Rechtsstreites zwischen ihnen zu tragen — d. h. endgültig zu tragen — habe, müsse es bei der Anwendung jenes Grundsatzes, daß der Ehemann der Regel nach die Prozeßkosten herzugeben habe, bleiben. Er führe in solchen Fällen zu dem Resultat, daß der Frau die Kosten, deren Aufwendung erforderlich sei, vom Manne, evtl. Ausgleich vorbehalten, vorzuschießen seien. Eine innere Begründung dieses Resultats vom Billigkeitsstandpunkte soll durch einen Hinweis auf § 1416 II 2 gegeben werden[3]). Wenn

3) RG. 47 74.

dort in einem Streite über eine persönliche Angelegenheit der Frau mit einem Dritten dem Manne auferlegt werde, die Kosten zu tragen, so könne nicht angenommen werden, daß die Ehefrau in gleichen Sachen bei einem Streite gegen ihren Mann schlechter gestellt sein solle, eben durch Versagung der Pflicht des Mannes, die Kostenvorschüsse zu tragen. Diese Rechtfertigung des Resultats bezieht sich gemäß den seinerzeit zur Beurteilung stehenden Angelegenheiten nur auf Ehesachen. Besondere Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme des Ehemannes werden in keiner Weise behauptet, insbesondere bedürfe es im Ehescheidungsprozesse nicht der Glaubhaftmachung eines Scheidungsgrundes [4]).

Diesen Ausführungen schließen sich, ohne daß eigene größere Betrachtungen angestellt werden, zum Teil inhaltlich, zum Teil im Ergebnis, meist mit dem Bemerken, daß es die in der Praxis herrschende Lehre sei, zahlreiche Schriftsteller an [5]).

Im Wortlaut des Resultats steht also diese güterrechtliche Kostenvorschußtheorie der älteren Unterhaltstheorie in gewissem Umfange nahe. Aber während sich dort bei dem Unterhaltscharakter der Verpflichtung des Ehemannes, der Frau die Prozeßkosten vorzuschießen, keinerlei Zweifel er-

---

4) OLG. Rostock Rspr. 39 92 und Sydow-Busch-Krantz, § 627 5.

5) Achilles zu § 1387; Endemann, § 176 Anm. 61; Erler, § 45 S. 206/207; Fischer-Henle, § 1387; Kohler, § 35 III 1 b β Anm. 2; Matthiass, § 231 1 III C 3; Meisner, § 1387 3; Neumann, § 1387 A III 2b β; Opet, § 1387 8; Rosenthal, § 1387; Scherer a. a. O. Nr. 150 und 397; Schröder, § 1 S. 28/29 Anm. 1; Warneyer, § 1387 II; Martin Wolff, § 52 II 3 Anm. 7; und Breme a. a. O. 2, der z. B. von einem Sprung von der Kostentragungs- zur Kostenvorschußpflicht spricht; Grünwald a. a. O. S. 62: Der Regel nach sei vorzuschießen. Eine Ausnahme aber bestehe hiervon, soweit der Mann für die Kosten nicht persönlich hafte; dies sei bei Ehescheidungsprozessen der Fall. Soweit könne eine Kostenvorschußpflicht nicht als bestehend angesehen werden. Lediglich kurz referierend über die herrschende Ansicht des RG. äußern sich ohne eigene Stellungnahme: Cosack, § 48 X 1c; Crome, § 576 II 2d; Dernburg, § 44 Anm. 10 und Löwenwarter, § 1387 1.

geben, ob es sich für den Mann um ein vorläufiges oder endgültiges Zahlen handelt, läßt hier die mehr als unscharfe Ausdrucksweise eine doppelte Auslegungsmöglichkeit zu. Streitfähig erscheint vor allen Dingen hier die Bedeutung des Wortes vorschießen, insbesondere das „vor" in diesem Worte. Unter Verdeutlichung in die beiden möglichen Worte und Bedeutungen „vor" und „vorläufig" ergeben sich die Begriffe „vorschießen" gleich „vorleisten" und „vorschießen" gleich „vorläufig leisten" gleich „vorstrecken". Diese grammatische Betrachtung braucht hier jedoch nicht weitergeführt zu werden. Es genügt hier die Feststellung, daß in beiden Fällen das Wort „vor" zum Prädikat gehört. Ob dieses Resultat, überhaupt diese Betrachtung und Ausdrucksweise, bei einer sorgfältigen Betrachtung standhalten kann, soll hier offen bleiben. Es wird unten noch davon zu handeln sein[6]). Hier soll nur festgehalten werden, daß argumentiert ist, da der Mann die Kosten zu tragen habe, habe er sie auch vorzuschießen, und daß für diese Behauptung keinerlei Beweis beigebracht ist. Aber noch eine weitere Kritik ist an den dargestellten Ausführungen zu üben: Um zu der Tragungspflicht, aus der sich dann die Vorschießpflicht ergeben soll, zu gelangen, werden jene zwei Anwendungsmöglichkeiten bezüglich der Ausnahmen von der Regel des § 1387 Nr. 1, 1. Halbsatz in Erwägung gezogen, die oben dargestellt sind. Es muß jedoch festgestellt werden, daß für die Behauptung, daß die regelmäßige Bestimmung des § 1387 noch nicht dann entfalle, wenn den Umständen oder der Regel nach die Kosten dem Vorbehaltsgute der Frau zur Last fielen, keinerlei Beweismaterial angeführt wird. Richtig wird erkannt, daß § 1416 BGB. von großer Bedeutung für die im § 1387 offen gehaltene Ausnahme ist. Eine bis ins Letzte gehende erschöpfende Stellungnahme zu § 1416, 1, die allein Klarheit schaffen kann, ist jedoch nicht gegeben. Sie, sowie eine Betrachtung über die Grundlage der Tragungspflicht, wird unten[7]) zu geben sein.

Neben dieser güterrechtlichen Kostenvorschießtheorie steht die güterrechtliche Kostenvorschußtheorie. Sie weicht von der soeben dargestellten in mehrfacher Hinsicht ab. Sie bedient

---

6) Vgl. unten § 6 Text zu Anm. 39—42.
7) § 6 Text zur Anm. 8—22.

sich nicht nur einer anderen Ausdrucksweise [8]), sondern sie hat in der Konstruktion, insbesondere in Bezug auf § 1416, 1 eine von der obigen vollständig verschiedene Auffassung. Ihre Ausführungen bewegen sich in folgender Richtung [9]) [10]):

Die grundsätzliche Bestimmung darüber, wer die Kosten eines Rechtsstreites der Frau zu tragen habe, der Mann oder die Ehefrau, sei im § 1387 enthalten. Nach ihr habe der Mann die Kosten eines Rechtsstreites der Frau zu tragen, sofern sie nicht dem Vorbehaltsgute zur Last fielen. Dieser Ausnahmefall sei gegeben in den §§ 1415 und 1416 BGB. Sein Vorliegen habe der Mann zu beweisen. Wenn nun auch die Fassung des § 1416, 1 nicht jeden Zweifel ausschließe, so sprächen doch überwiegende Gründe dafür, diese Bestimmung so auszulegen, daß eine Ausnahme von der im § 1387 grundsätzlich angeordneten Kostentragungspflicht nur für den Fall habe geschaffen werden sollen, daß der Mann nach prozeßrechtlichen Bestimmungen — z. B. lt. Urteil oder wegen Klagezurücknahme — die Kosten nicht zu tragen habe. Bis zu einer solchen Entscheidung bestehe also die Kostentragungspflicht des Ehemannes. Da nun § 1387 die Ehefrau von der Kostentragungspflicht ganz entbinden wolle, sei in dieser Verpflichtung auch die Pflicht, die bis dahin von der Frau nach den Kostengesetzen vorschußweise zu erbringenden Kosten zu tragen, einbegriffen. Diese Verpflichtung bestehe in Prozessen der Gatten miteinander unbedingt, gleichgültig, was Gegenstand des Streites sei.

---

8) Geringe und vereinzelte Rückfälle in die Ausdrucksweise der Kostenvorschießtheorie fallen gegenüber der als richtig erkannten und fast ausschließlich berücksichtigten Grundlage nicht ins Gewicht.

9) Klien a. a. O. S. 422/23; Planck, § 1387 I 4 und 6; Goldmann-Lilienthal, § 21 9 Anm. 29.

10) Kurz zustimmend: Goldschmidt, § 73 3h Abs. 4; Kuhlenbeck, § 1387; Lehmann, § 16 5b α ββ; Meikel a. a. O.; OLG. Breslau Rspr. 21 S. 221; OLG. Naumburg J.W. 1918 S. 573. Wenn es auch zweifelhaft erscheinen kann, ob die hier genannten an der hier gegebenen Begründung teilnehmen, so dürften sie doch hier aufzuführen sein, da sie in ihren kurzen feststellenden Bemerkungen sich in dem im Texte ausgeführten Sinne äußern.

Für die Ansicht, daß der Mann grundsätzlich schon während der Prozeßführung der Frau dieser zur Tragung der Prozeßkosten verpflichtet sei, wird noch besonders betont[11]), daß der Gesetzeswortlaut dies schon besage, indem im § 1387 von Prozessen gesprochen werde, die die Frau „führt". Aus dem Gebrauche des Präsens ergebe sich die Verpflichtung des Mannes, schon während der Prozeßdauer die Kosten zu erbringen. Dafür, daß die Einredetatsache des § 1387 in Verbindung mit § 1416 erst Beachtung finden könne, wenn über die Kostenpflicht rechtskräftig entschieden, oder eine sonstige prozessuale Regelung getroffen sei, sei anzuführen, daß § 1416 Abs. II, also derselbe Paragraph, von einem Urteile spreche und damit den Zeitpunkt, in dem die Einrede erhoben werden könne, eindeutig dahin bestimme, daß sie nicht während des Schwebens des Prozesses vorgebracht werden könne. Zuletzt sei darauf hinzuweisen, daß die Bestimmung des § 1416 nur gegeben sei, wegen der nachträglichen Ausgleichspflicht des § 1417. Es könne nicht zweifelhaft sein, daß der Ehemann auch in Prozessen mit seiner Gattin zunächst auf Grund des § 1387 BGB. wegen der Kosten in Anspruch genommen werden könne. Unzweifelhaft bestehe auf Grund des § 1416 Abs. II in gewissen Prozessen gegen Dritte eine solche Verpflichtung des Mannes, und es sei gar kein Anhaltspunkt dafür gegeben, daß der Gesetzgeber die Ehefrau bei diesen Rechtsstreitigkeiten mit einem Dritten habe besser stellen wollen, als bei einem solchen Streite mit ihrem Gatten. Eine solche durch nichts gerechtfertigte Inkonsequenz könne nicht beabsichtigt sein[12]).

Diese kurzen Ausführungen arbeiten zwar die Grundlage für die Kostentragungspflicht des Ehemannes dem Wortlaute des § 1416 I gegenüber noch nicht heraus, es wird auch noch kein Beweis dafür gebracht, daß wenn eine Pflicht besteht, Kosten zu tragen, diese Kostenvorschüsse umfaßt, aber sie enthalten einen bedeutsamen Gesichtspunkt; das Wort „Vorschuß" wird nicht im Prädikat gebraucht, sondern im Objekt des Satzes. Hierauf wird unten weiter einzugehen sein[13]).

11) Klien a. a. O. S. 422.

12) Klien a. a. O. S. 423; KG. J.W. 00 S. 599/600.

13) Unten § 6. Text zu Anm. 54—65. Hierher dürften auch

Den Vertretern dieser beiden güterrechtlichen Theorien liegt nun noch eine gemeinsame und von den einzelnen Konstruktionen nicht berührte Aufgabe ob. Sie müssen sich mit dem § 1394 BGB. auseinandersetzen. Dieser lautet:

> Die Frau kann Ansprüche, die ihr auf Grund der Verwaltung und Nutznießung gegen den Mann zustehen, erst nach der Beendigung der Verwaltung und Nutznießung gerichtlich geltend machen, es sei denn, daß die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Frau nach § 1391 Sicherheitsleistung verlangen kann. Der im § 1389 Abs. 2 bestimmte Anspruch unterliegt dieser Beschränkung nicht.

Einhellige Ansicht aller derer, die auf Grund des ehelichen Güterstandes eine Verpflichtung des Ehemannes wegen der Prozeßkostenvorschüsse der Frau annehmen, ist es, daß auf diesen Anspruch der § 1394 keine Anwendung finde, daß er also auf Grund dieser Bestimmung keine Beschränkung in der Geltendmachung unterliege.

Lediglich in der Begründung bestehen gewisse Verschiedenheiten. Teilweise fehlt eine solche ganz[14]); man beschränkt sich auf den Hinweis, daß solche Handhabung einem Bedürfnis der Praxis entspreche[15]); teilweise — in der Literatur — finden sich dagegen solche. Einerseits[16]) hält man § 1394 nicht für anwendbar, da die Ehefrau die Vorschüsse nur für die Befriedigung ihrer Gläubiger gebrauche. Aus diesem Grunde müsse die Anwendung des § 1394 ebenso ausgeschlossen sein, wie in den Fällen, wo die Gläubiger

---

gehören die fast wörtlich übereinstimmenden: RGR.Kom. § 1387 6 a; RG. Warn. 09 237—38; OLG. Hamm JW. 1925 S. 826, mit folgenden Ausführungen: § 1387 lege dem Manne die Kosten des Rechtsstreites auf, ohne zu unterscheiden, ob die Frau den Rechtsstreit gegen den Mann oder gegen einen Dritten führe. Nicht nur die fälligen, sondern auch die nach Maßgabe der Kostengesetze vorschußweise zu zahlenden Kosten habe der Mann zu tragen und sei demzufolge verflichtet, die Frau mit angemessenen Kostenvorschüssen zu versehen.

14) RG. 47 73.

15) OLG. Hamburg Rspr. 40 70. Auch auf diese Darlegungen dürfte die Zustimmung der oben — Anm. 5 — erwähnten Schriftsteller bezogen sein.

16) Planck, § 1387 I 6.

selbst auf den Mann griffen; es solle mithin die Bestimmung des § 1411 Anwendung finden. Eine andere Ansicht[17]) weist darauf hin, daß zwar die wörtliche Auslegung des § 1394 einer sofortigen Geltendmachung entgegenstehe, aber es müsse auf den Inhalt eingegangen werden. Es sei vor allem davon auszugehen, daß § 1394 dazu geschaffen sei, zu verhüten, daß die Ehefrau während der Ehe in die ehemännliche Verwaltung dreinrede und durch Erhebung von Ansprüchen den ehelichen Frieden störe[18]). Es handle sich hier nicht um einen Anspruch, den die Frau gegen den Mann auf Grund der tatsächlich geübten Nutznießung und Verwaltung ihres eingebrachten Gutes erworben habe[19]), sondern um eine dem Manne aus seiner güterrechtlichen Stellung erwachsenen Verpflichtung, deren Erfüllung der Natur der Sache nach nicht bis zur Beendigung der Verwaltung und Nutznießung aufgeschoben werden könne[20]). Es sei gerechtfertigt[21]), einen solchen Unterschied zu machen; habe doch § 1394 nur diejenigen Ansprüche zum Gegenstande, welche sich auf die Pflicht zur Bewirtschaftung und Erhaltung des eingebrachten Gutes zu den Zwecken der Ehe bezögen; von ihm würden aber diejenigen Ansprüche nicht getroffen, welche geltend gemacht würden, um die Regelung persönlicher Angelegenheiten der Ehefrau zu ermöglichen. Um solche Ansprüche handle es sich hier. Sie könnten, da sie während der Ehe hervorgetretene Bedürfnisse befriedigen sollten, begrifflich auch nur während des Bestehens der letzteren geltend gemacht werden. Endlich seien aber auch die in den Materialien[22]) erwähnten Gründe für die Beschränkung der gerichtlichen Geltendmachung hier nicht gegeben. Man müsse daher hier eine der Natur der Sache entsprungene — stillschweigende — Ausnahme von der Bestimmung des § 1394 annehmen[23]). Wenn in den vorhergehenden

17) RGR.Kom. § 1387 6a; Kliena.a.O. S. 423.

18) Prot. IV S. 202.

19) So auch ohne weitere Ausführungen: OLG. Breslau in Rspr. 1 S. 56.

20) Zustimmend: Lehmann, § 16 5b α ββ.

21) Ullmann, Güterrecht § 17 VI Anm. 14.

22) Oben Anm. 18.

23) So auch OLG. Hamburg in Rspr. 40 S. 69/70; im Resultat zustimmend: Ullmann, Güterrecht § 17 VI.

Paragraphen des Gesetzes eine Verpflichtung des Ehemannes wegen der Kostenvorschüsse aufgestellt sei, so könne man jetzt ihre Durchsetzbarkeit nicht wieder bezweifeln und bestreiten [24]).

Diesem Ergebnisse ist zuzustimmen; insbesondere auch der letzteren Begründung. Trotz des Satzes 2 im § 1394 mit seiner einzelnen Ausnahme, die leicht den Anschein der Ausschließlichkeit für sich in Anspruch nehmen kann, rechtfertigt sich die Annahme einer weiteren Ausnahme von dieser Bestimmung aus der gesamten Sachlage [25]).

§ 4.

Die Gewohnheitsrechtstheorie.

Neben diesen bisher erörterten vier Begründungen für die „Kostenvorschußpflicht" des Ehemannes findet sich noch eine fünfte, die in neuerer Zeit mehrfach vertreten wird [1]). Auch von den Vertretern dieser Theorie wird die Möglichkeit, die „Kostenvorschußpflicht" aus der Unterhaltspflicht des Mannes abzuleiten, ausdrücklich bestritten [2]). Aber auch der Wortlaut des Gesetzes in seinen güterrechtlichen Be-

---

24) In den Bereich der Möglichkeit zieht diese Begründung auch Planck a. a. O. (oben Anm. 16).

25) Eine nähere Stellungnahme folgt unten im § 6 Text zu Anm. 54 ff.

1) Baumbach, ZPO. vor § 91 5 D; Freudenthal-Sauerländer, ZPO. § 627 Nr. 4; Förster-Kann vor § 606 3 3a; Walsmann a. a. O. S. 366; LG. Dessau J.W. 1925 S. 393. Auf die Möglichkeit, die „Kostenvorschußpflicht" des Mannes auf Reichsgewohnheitsrecht begründet zu halten, weist auch Hellwig, § 245 VI 2a hin. Wieruszowsky in ZZP 1928 Entsch. 12 Anm. S. 45 spricht von „fast zu Gewohnheitsrecht erstarktem Gerichtsgebrauch", während er in J.W. 1925 S. 393 die „Vorschußpflicht" für: „in gewohnheitsrechtlicher Übung verankert" hält. Hierher dürfte auch zu zählen sein: Marie Munck a. a. O. § 12 S. 42. Sie sieht unter Hinweis auf RG. 47, 72 die Verpflichtung des Ehemannes, seiner Gattin die Kosten des Ehescheidungsprozesses „vorzuschießen", als ein Ergebnis der Rechtsprechung an.

2) Förster-Kann vor § 606 3a; Freudenthal-Sauerländer, § 627 4.

stimmungen biete keine überzeugende Möglichkeit, auf ihn eine solche Pflicht des Mannes zu stützen. Es sei zwar im § 1387 gesagt, daß der Mann die Prozeßkosten zu tragen habe, soweit sie nicht der Ehefrau zur Last fallen, aber eine Vorschußpflicht hieraus herzuleiten, biete der Wortlaut dieser Bestimmung keinen Anhaltspunkt. Damit sei aber noch nicht gesagt, daß die „Kostenvorschußpflicht" des Mannes während des Schwebens des Prozesses nicht doch begründet sei. Es dürfe nämlich nicht übersehen werden, daß trotz zahlreicher Angriffe das Reichsgericht unerschüttert an seiner Ansicht festgehalten habe, und daß ihm in dieser Rechtsprechung die weitaus größte Zahl der deutschen Gerichte, insbesondere auch Oberlandesgerichte, gefolgt seien. Diese Tatsachen müßten heute dazu führen, bezüglich dieses Problems die Bildung von Reichsgewohnheitsrecht anzunehmen, eben des Inhalts, daß hierdurch die zur Rede stehende Verpflichtung begründet sei. Eine Hinderung für die Geltendmachung dieses Vorschuß-Anspruches durch § 1394 bestehe nicht, da der gewohnheitsrechtliche Satz dahin gehe, daß die Kostenvorschußforderung während des Güterstandes, mit Prozeßbeginn, erhoben werden könne [3]).

Zu dieser Theorie ist folgendes zu sagen: Auch sie kommt zu der Annahme einer „Kostenvorschußpflicht". Aus ihren gesamten Ausführungen, insbesondere daraus, daß trotz behaupteten „Tragens" noch eine „Vorschußpflicht" für nötig gehalten wird, ergibt sich, daß auch hier das „vor" als zum Prädikate gehörig gedacht ist, daß also der Mann für verpflichtet gehalten wird, vorzuschießen. Irgendwelche Rückproben, ob solches auch mit der im Rechtssysteme sonst gebrauchten Ausdrucksweise in Einklang steht, werden nicht gemacht. Hierzu ergeben sich nähere Ausführungen unten [4]).

§ 5.

Die Verneinung der „Kostenvorschußpflicht".

Den Ansichten, die im Resultat dahin übereinstimmen, daß eine Verpflichtung des Ehemannes bestehe, für Prozeß-

3) Förster-Kann vor § 606 3 c aa.
4) § 6, insb. Anm. 27 ff.

kostenvorschüsse der Ehefrau aufzukommen, steht nun eine weit verbreitete Lehre in der Literatur, der auch etliche Oberlandesgerichte gefolgt sind, entgegen, die eine solche Verpflichtung leugnet[1]).

Einstimmigkeit herrscht zwischen den Vertretern dieser Lehre und den oben[2]) dargestellten Theorien, daß aus der ehemännlichen Unterhaltspflicht keinesfalls eine solche Pflicht herzuleiten sei[3])[4]), ebensowenig aus der ehemännlichen Schutzpflicht oder dem ehelichen Verhältnisse als solchen[5]), endlich auch nicht aus dem Naturrechte[6])! Wenn auch die Richtigkeit der Ansicht der Motive über den früheren Rechts-

---

1) Nicht grundsätzlich wird jede Verpflichtung verneint von Ullmann, Güterrecht § 17 VI und Seuffert vor § 91 6a α letzter Absatz. Sie nehmen eine Kostentragungspflicht des Ehemannes an, soweit nicht die Kosten dem Vorbehaltsgute zur Last fallen, also in Prozessen der Frau mit einem Dritten. Seuffert a. a. O. hält aber die Geltendmachung dieses Anspruches durch die Frau während der Dauer der Nutznießung und Verwaltung für ausgeschlossen durch § 1394 BGB., während Ullmann a. a. O. Anm. 14 im § 1394 kein Hindernis sieht.

2) § 3 und § 4.

3) Barre a. a. O.; Bürck a. a. O. J.W. 00 S. 269; Davidson, Ehescheidung zu § 1564 6; Fuld a. a. O. S. 23; Hülle, § 5 Anm. 6—12; Knitschky a. a. O. S. 101; Marwitz a. a. O.; Mittelstein, D.J.Z. 00 S. 160 I 1; Müller a. a. O.; Schäfer, Hanseat.Ger.Bbl. 00 Nr. 31; A. B. Schmidt, § 1387 2c β; Seuffert, Bd. 1 vor § 91 6a; Staudinger, § 1387 3a; Stein-Jonas vor § 606 VI A und vor § 91 V 1; Wieruszowsky, Handb. d. ER. § 9 Anm. 87 und Ullmann, Güterrecht § 17 VI, der S. 192—95 eine sehr gute, alle Schwächen, Verdrehungen und Übertreibungen berücksichtigende Kritik der Ausführungen von Meyerhoff a. a. O. bringt.

4) OLG. Kiel in Seuff.Arch. 55 Nr. 209; LG. Mainz in Hess.Rspr. 1 S. 4; LG. Gießen ebenda; OLG. Karlsruhe Rspr. 1 S. 275; = D.J.Z. 00 S. 98/99. Diese berücksichtigen weitere Gesichtspunkte, insbesondere das eheliche Güterrecht gar nicht. Ferner: OLG. Celle in Seuff.Arch. 56 Nr. 252; OLG. Oldenburg in Rspr. 1 S. 28; KG. in Rspr. 1 S. 22.

5) Staudinger, § 1387 3a unter Bezugnahme aus Motive IV S. 640; Ullmann, Güterrecht § 17 VI; Schäfer, Hanseat.Ger.Bbl. 00 S. 56.

6) So wörtlich: Herold a. a. O. S. 844.

zustand nicht unbestritten sei[7]), so sei doch die Absicht des Gesetzgebers, die Verpflichtungen, die wegen der Prozeßkosten zwischen den Ehegatten normiert werden sollten, im Güterrechte zu regeln, eindeutig zum Ausdruck und restlos zur Verwirklichung gekommen. Jene Irrtümer in den Motiven könnten dem klaren Gesetzeswortlaute gegenüber nicht ins Gewicht fallen[8]) [9]).

Gerade aber die güterrechtlichen Bestimmungen, BGB. § 1363—1563, seien deutlich genug gefaßt, daß aus ihnen keine Kostenvorschußpflicht hergeleitet werden könne. Den Ausgangspunkt bilde § 1387, 1. Nach ihm sei der Mann verpflichtet, die Kosten eines Rechtsstreites der Frau zu tragen, sofern sie nicht zu Lasten des Vorbehaltsgutes gingen. Dieser Ausnahmefall ergebe sich bezüglich der Kosten eines Rechtsstreites zwischen den Ehegatten aus § 1416 Abs. 1 mit dem Satze: „Soweit nicht der Mann sie zu tragen hat“ [10]). Gegenüber dem Anspruche der Frau (§ 1387 erster Hauptsatz) brauche der Mann also zur Vorschützung des Ausnahmefalles (§ 1387 erster Nebensatz) nur auf die Tatsache hinzuweisen, daß es sich um einen Streit zwischen den Ehegatten handle. Sache der Frau sei es dann wieder, diese Ausnahme durch die Unterausnahme, d. h. die Regel des § 1416 1 durch den Nebensatz des § 1416 1, zu entkräften. Da sie dies vor rechtskräftiger Entscheidung über die Kosten nicht könne, sei eine

---

7) Siehe Meyerhoff a. a. O. insb. II u. III. u. Hellwig a. a. O.

8) Stein-Jonas vor § 606 VI A.

9) Zur Gewohnheitsrechtstheorie nehmen die hier aufgezählten Schriftsteller und Entscheidungen noch keine Stellung, da diese Theorie ja erst seit 1925 in der Literatur aufgetaucht ist, doch mag auf Stein-Jonas a. a. O. hingewiesen sein: Nach der Festellung, daß die Praxis sich ganz überwiegend für die „Kostenvorschußpflicht“ entschieden habe, bespricht und erläutert er diese Rechtsprechung aufs Eingehendste, um sodann seine Ansicht anhangsweise mit dem Bemerken darzustellen, daß es nur zu dem Zwecke geschehe, einen Gesamtüberblick über den Streitfragenkomplex zu geben.

10) Da diese Schriftsteller — oben Anm. 3 — die Darlegung des Reichsgerichts, die die Pflicht des Mannes bezüglich der Ehescheidungsprozesse erörtern, bekämpfen, beschränken sie ihre Ausführungen auf diese.

„Kostenvorschußpflicht" des Mannes ihr gegenüber nicht gegeben[11]), ja die gegenteilige Ansicht[12]) wird „eine unzulässige Umkehrung der Beweislast" genannt.

Das einzige, was somit der Frau dem Manne gegenüber bestehe, sei eine sich nach den prozessualen Kostenbestimmungen regelnde, vom Ausgange des Prozesses abhängige, d. h. bedingte Pflicht zur Kostentragung[13]). Aus dieser sei aber eine Vorschußpflicht nicht zu entnehmen, da nicht nur der Anspruch noch ungewiß sei, sondern auch das Gesetz immer dann, wenn es eine Kostentragungspflicht zu einer Kostenvorschußpflicht machen wolle, es dies ausdrücklich bestimme[14]). Hierfür werden als Beispiele angeführt[15]), die §§ 403 Satz 2, 811 Abs. 2 Satz 2 und 1035 Satz 4 BGB. Dies könne keine Selbstverständlichkeit sein, da das BGB. sich einer sehr sorgsamen Ausdrucksweise bediene, also müsse angenommen werden, daß in diesen Fällen vom Gesetze keine Kostenvorschußpflicht habe statuiert werden sollen. Eine Vorschußpflicht für eine nur bedingte Forderung müsse als so anormal bezeichnet werden, daß es einer besonderen Bestimmung des Gesetzes bedürfe, wenn eine solche festgesetzt werden solle[16]).

---

11) Barre a. a. O.; Bürck, J.W. 00 S. 271; Davidson, Ehescheidung zu § 1564 6; Davidson, D.J.Z. 00 S. 160; Fleischmann a. a. O.; Fritze a. a. O. S. 331; Herold a. a. O.; Marwitz a. a. O.; Müller a. a. O.; Seuffert vor § 91 6 a α; Staudinger, § 1387 3 c; Stein-Jonas vor § 606 VI B 1 u. 2; Wieruszowsky, Eherecht, § 9 Anm. 87, KG. in Rspr. 1 S. 21 ff.; OLG. Celle in Seuff.Arch. 56, 252; OLG. Hamburg Recht 02 S 44; OLG. Jena in Seuff.Arch. 56 Nr. 29; OLG. Frankfurt Rspr. 1 S. 268. (Diese Entscheidung handelt zwar von der Errungenschaftsgemeinschaft, ist jedoch wegen der im § 1529 2 enthaltenen Verweisung auf § 1387 auch hier von Interesse.)

12) So Staudinger, § 1387 3 c gegen RG. 47 72 ff.

13) Ullmann, Arch.Ziv.Prax. 92 S. 296; Staudinger, § 1387 3 c; Seuffert vor § 91 6 a.

14) Stein-Jonas vor § 606 VI B 2 meint, wenn auch die Tragungspflicht unbestritten sei, so ließe sich doch aus ihr keine Vorschußpflicht ableiten.

15) Staudinger, § 1387 3 e.

16) A. B. Schmidt, § 1387 2 c β αα.

Gegen die innere Rechtfertigung des vom RG.[17]) herausgearbeiteten Resultats wird besonders darauf hingewiesen, daß es bei der klaren Fassung und Formulierung des Gesetzes nicht statthaft sei, von Satz 2 in Absatz 2 des § 1416 auf Abs. 1 dieses Paragraphen zu schließen[18]). Ein weiterer Angriff[19]) richtet sich gegen die Scheidung, die das Reichsgericht macht in Prozesse, bei denen die Ausnahme des § 1387, 1 unbedingt und unter allen Umständen zutreffe und in die Prozesse, bei denen unter gewissen Umständen oder doch der Regel nach die Kosten dem Vorbehaltsgute zur Last fielen. Der Unterschied, der hierdurch zwischen § 1415 Ziff. 3 und § 1416 I entstehe, sei unbegründet und die Scheidung unhaltbar. Es stehe doch fest, daß, wenn die Frau verliere, sie die Kosten im Innenverhältnis aus ihrem Vorbehaltsgute tragen müsse, offen sei in solchen Fällen doch nur die Frage, ob sie unterliege. Aus der Unhaltbarkeit dieser Scheidung allein ergebe sich schon der Zusammenbruch der ganzen Begründung des RG.

Ein weiterer Angriff gegen die herrschende Ansicht ist in folgenden Ausführungen enthalten[20]): Man müsse die Prozesse, die die Frau gegen Dritte führe, scharf unterscheiden von solchen, die gegen ihren Gatten gerichtet seien. Nur für die ersteren sei § 1387 maßgebend, während für die letzteren § 1416 als Ausgangspunkt anzusehen sei. § 1416 enthalte in Prozessen zwischen den Gatten die Regel und § 1387 die Ausnahme. Schon aus diesem Grunde sei die reichsgerichtliche Ansicht falsch, und es scheide, insbesondere für Eheprozesse, da sich eine Kostenverpflichtung des Ehemannes erst mit dem Urteil ergeben könne, somit jede Möglichkeit aus, von ihm, aus seinen Mitteln, einen Prozeßkostenvorschuß zu verlangen.

Schließlich wird die Ansicht vertreten, daß ein evtl.

---

17) Oben § 3 Text zur Anm. 3.

18) Axhausen a. a. O. S. 382; Herold a. a. O. S. 847; Schäfer, Hanseat.Ger.Bbl. a. a. O. S. 56; Wieruszowsky, Eherecht § 9 Anm. 87.

19) Aal, J.W. 02 S. 563.

20) Knitschky a. a. O. II 1; Neumiller, § 627 I; Schäfer, Hanseat.Ger.Bbl. 00 S. 57; Ullmann, Arch.Ziv.Prax. 92 S. 295 ff.

Kostenvorschußanspruch während des Bestandes der Nutznießung und Verwaltung des Ehemannes nicht gerichtlich geltend gemacht werden könne, bestimme doch § 1394 solches, wenn nicht der Fall des § 1391 vorliege; und wenn überhaupt ein Anspruch gegeben sei, könne es sich doch nur um einen dem Güterrechte entsprungenen handeln. Eine Ausnahme für die vorliegenden Ansprüche von dieser Bestimmung zu machen, sei durch nichts geboten [21]).

Nicht unerwähnt dürfen auch folgende Ausführungen bleiben. Da die Frau eines Kostenvorschusses aus dem Vermögen des Mannes gar nicht bedürfe, sei eine solche Verpflichtung dem Ehemanne auch nicht auferlegt. Sie bedürfe dieser Kostenvorschüsse nicht, da sie ja — den Fall ihrer Mittellosigkeit, für die das Rechtsinstitut des Armenrechts geschaffen sei, ausgenommen — ihre eigenen Mittel für die Prozeßkostenvorschüsse verwenden könne. Durch vormundschaftliche Genehmigung gemäß § 1402 würde es der Frau möglich, zum Zwecke der Zahlung von Kostenvorschüssen ihr eingebrachtes Gut anzugreifen [22]). Von anderer Seite wird in diesem Sinne geäußert, daß zur Herbeiführung einer Haftung des eingebrachten Gutes dieser regelmäßig umständliche Weg nicht beschritten zu werden brauche, da ja im § 1412 Abs. 2 eine Haftung des eingebrachten Gutes für Kostenschulden normiert sei [23]). Die Vorschußgläubiger könnten aus diesem Befriedigung suchen [24]). Hiergegen wird sodann behauptet, auch das eingebrachte Gut

---

21) Cosack, § 48 X 2; Knitschky a.a.O., II 1; Seuffert vor § 91 6a; Staudinger, § 1387 3d; Stein-Jonas vor § 606 VI B 3b; Ullmann, Arch.Ziv.Prax. 92 S. 294/95; Wieruszowsky, Eherecht § 9 Anm. 87; Wieruszowsky, Recht 00 S. 370—71.

22) Aal a.a.O. S. 564; Bürck, J.W. 00 S. 270; Marwitz a.a.O.; Wieruszowsky, Eherecht § 9 Anm. 87; OLG. Jena in Seuff.Arch. 56 Nr. 27; OLG. Oldenburg Rspr. 1 S. 26.

23) Barre a.a.O.; Fleischmann a.a.O.; Fuld a.a.O. S. 23; Herold a.a.O. S. 845; Mittelstein a.a.O.; Schäfer, Hanseat.Ger.Bbl. 00 S. 55.

24) Schäfer, Hanseat.Ger.Bbl. 00 S. 59 hebt besonders hervor, daß aus dieser Haftung des eingebrachten Gutes keine Ansprüche der Frau gegen den Ehemann gegeben seien.

könne die Ehefrau nicht angreifen, da § 1412 auf das Verhältnis der Ehegatten zu einander nicht bezogen werden könne. Die Frau müsse die von ihr geschuldeten Kostenvorschüsse mit Mitteln des Vorbehaltsgutes erbringen, und wenn sie solches nicht habe, um die Bewilligung des Armenrechts nachsuchen[25]). Wieder andere Argumente bringt endlich eine letzte Ansicht[26]). Sie hält den Mann aus seiner Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung gemäß § 1374 in Verbindung mit § 1402 sogar für verpflichtet, die Vorschüsse aus dem eingebrachten Gute zu leisten. Zur Begründung wird gesagt: Bei diesen persönlichen Angelegenheiten, um die es sich in Ehescheidungssachen handle, könne die Zustimmung des Mannes, die zum Wirksamwerden der Verpflichtungen der Frau dem eingebrachten Gute gegenüber nötig sei, nach § 1402 durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, wenn der Mann sie grundlos, resp. ohne ausreichenden Grund, verweigere.

Zu diesen Ausführungen, die jegliche Verpflichtung des Ehemannes seiner Gattin gegenüber, aus seinem Vermögen Kostenvorschüsse zu erbringen, ablehnen, dürfte kurz folgendes zu sagen sein: Die an die §§ 1387 Nr. 1 und 1416 Abs. 1 geknüpften Betrachtungen führen zu der Feststellung einer Regel, einer Ausnahme von dieser Regel und einer Unterausnahme. Den Grund zu dieser Argumentation gibt der Wortlaut des BGB. mit der häufig in diesem Sinne verwendeten Formel „... soweit nicht ...“. Ob diese Bedeutung aber tatsächlich in dieser Formulierung des § 1416 Abs. 1 festgelegt werden sollte oder ist, erscheint nicht genügend untersucht, darf doch nicht außer Acht gelassen werden, daß sich diese Bedeutung von Regel und Ausnahme in jener Formulierung nicht auf Grund eines ausdrücklichen Gesetzesausspruches ergibt, sondern durch Auslegung in jedem Falle des Vorkommens[27]). Richtig ist es,

25) Davidson, D.J.Z. 00 S. 160.

26) Ullmann, Güterrecht § 17 VI; Müller, D.J.Z. 1913 S. 1439.

27) So Enneccerus-Nipperdey, I § 51 I 3; Dernburg, I § 7 III Anm. 7 und Text zur Anm. 7, während von Tuhr, I Einl. VII 131 die Frage, ob in dieser Formulierung eine bindende Anweisung vorliege, als streitig bezeichnet.

daß das BGB. in den §§ 403 Satz 2, 811 Abs. 2 Satz 2 und 1035 Satz 4 die Verpflichtung zum Vorschießen von Kosten festsetzt, also eine Leistungsverpflichtung, bei der das „vor" zum Prädikat gehört. Wenn nun die vom Reichsgerichte und seinen Anhängern als „Kostenvorschußpflicht" bezeichnete Verpflichtung als mit jenen Verpflichtungen nicht zusammenpassend erkannt wird, so darf daraus allein eine sorgfältige Kritik nicht zu einer Ablehnung kommen, sondern muß prüfen, ob sich bei anderer Betrachtungs- und Ausdrucksweise nicht doch noch eine Verpflichtung wegen der zur Rede stehenden Beträge ergibt, insbesondere durch Eingehen auf jene Ansichten, die eine Kostenvorschuß-Pflicht für begründet halten, auf die Ausführungen also, bei denen das „vor" im Objekt erscheint.

Völlig unhaltbar erscheint die Auffassung[28]), daß zwischen Prozessen der Ehefrau gegen den Mann und gegen Dritte zu unterscheiden sei, und daß bei den ersteren § 1416 die Regel und § 1387 die Ausnahme bilde. Auch diese Betrachtung dürfte auf eine fehlerhaft schematisierende Auslegung des § 1416 zurückzuführen sein.

§ 6.

Begründung der güterrechtlichen Kostenvorschuß-Theorie.

Wie aus den kritischen Bemerkungen zu den dargestellten bisher vertretenen Ansichten ersichtlich ist, erscheint durch die bisherige Behandlung des zur Untersuchung stehenden Stoffes dieser noch nicht geklärt. Er bedarf vielmehr einer weiteren eingehenden Betrachtung, die unter Berücksichtigung der oben gemachten kritischen Feststellungen durchgeführt wird:

Mit der herrschenden Lehre[1]) ist der Gedanke, daß eine Verpflichtung des Ehemannes der Ehefrau gegenüber wegen der Kosten und Kostenvorschüsse aus seiner Unterhaltspflicht in irgendeiner Form begründet sei, abzulehnen, insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, daß der Be-

28) Oben Anm. 20.

1) Oben § 3 Anm. 1.

griff Unterhalt[2]) ein vom positiven Rechte in seinem Umfange festgelegter Begriff ist, und daß er im gegenwärtig geltenden Rechte Verpflichtungen wegen der Prozeßkosten nicht enthalten soll[3]). Aus diesem Grunde ist auch die jüngere Unterhaltstheorie abzulehnen[4]). Mit der von ihr behaupteten Kostenvorschuß-Tragungs-Pflicht stimmt sie mit der güterrechtlichen Kostenvorschuß-Theorie in gewissem Umfange überein, und sie führt durch die von ihr gewählte Bezeichnung im Zusammenhange mit dieser güterrechtlichen Theorie die zur Behandlung stehenden Fragen der Lösung ein großes Stück näher. Als Ausgangspunkt sind jedoch die güterrechtlichen Bestimmungen des BGB. anzusehen. Wie die Motive[5]) richtig betonen[6]) kommen sie allein und ausschließlich für Kostenverpflichtungen des Ehemannes seiner Gattin gegenüber in Frage. Wenn überhaupt, so muß aus ihnen eine solche Verpflichtung des Mannes begründet sein.

Aus § 1387 Nr. 1 ergibt sich die Verpflichtung des Ehemannes der Frau gegenüber, die Kosten eines Rechtsstreites, den sie führt, zu tragen[7]) [8]). Dies ist die Grund-

---

2) Wie oben § 2 im Text zu Anm. 19 bemerkt ist.

3) Motive IV S. 125, 640, 696 und insbes. 202.

4) Der Hinweis, daß § 1387 inhaltlich in den 5. Titel gehöre, wie der Wortlaut der §§ 1385/87 beweise — Dengel, § 15 S. 72—73 und § 16 S. 78 — kann die hier vertretene Ansicht, daß es sich um eine reine güterrechtliche Belastung des Mannes handelt, nicht erschüttern.

5) Motive IV S. 125, 640, 696 und insb. 202.

6) Vgl. oben Text zur Anm. 18 in § 2.

7) Es genügt hier, darauf hinzuweisen, daß Voraussetzungen sind: das Bestehen der Ehe und des gesetzlichen Güterstandes der Verwaltungsgemeinschaft; KG. in Rspr. 11 94; OLG. Hamm J.W. 1925 S. 826; Kisch a. a. O. und OLG. Hamburg Rspr. 11 285.

8) Wie Kisch a. a. O. und OLG. Hamm a. a. O. ausführen, bedeutet es kein Abweichen von dieser Ansicht, wenn der Mann auch noch nach einem rechtskräftigen Ehescheidungsurteile zur Bezahlung der Kostenvorschüsse herangezogen wird, nachdem er während des Prozesses diese Verpflichtung anerkannt und nach der Vereinbarung von Ratenzahlung auch schon solche geleistet hat. Wenn in einem solchen Falle noch eine Verpflichtung des Ehemannes angenommen wird, so ist sie mit Recht in den getroffenen besonderen Abreden für begründet erachtet.

regel. Sie greift Platz sowohl in Prozessen gegen den Mann, wie gegen Dritte. Sie erleidet eine Ausnahme[9]) durch die Bestimmung des Nachsatzes:

„sofern nicht die Kosten dem Vorbehaltsgute zur Last fallen" (Einredetatbestand).

An diese Worte knüpfen die einleitenden Worte der §§ 1415 und 1416 I, die diese möglichen Ausnahmen enthalten, an. Es ist nun gesagt worden[10]), im Hauptsatze des § 1416 I liege wieder eine Regel, die ihrerseits eine Ausnahme — „... sofern nicht ..." — zulasse. Diese oben[11]) schon gerügte Ansicht würde darauf hinauslaufen, daß der Ehemann eine Beweisregel für sich hätte, daß er in Prozessen mit seiner Gattin nicht kostenpflichtig wäre. Es ist schon darauf hingewiesen, daß dieses Verhältnis von Regel und Ausnahme in der Formulierung „... soweit nicht ..." durch Auslegung in jedem Falle zu ermitteln ist, und es ist schon der Vorwurf erhoben worden, daß auch hier im § 1416 I in dieser Formel eine Beweislastverteilung gesehen worden ist, anstatt daß dieser Paragraph einer gründlichen Untersuchung unterzogen ist[12]). Hier findet sich nämlich einer jener seltenen Fälle, in denen die „Soweit—nicht-Klausel" nicht Regel und Ausnahme gegenüberstellt, sondern anderen Inhalt enthält. Dies ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte und aus dem Inhalte der Bestimmungen des § 1416[13]). Ursprünglich[14]) hat der Paragraph gelautet:

Im Verhältnis der Ehegatten zueinander fallen dem Vorbehaltsgute zur Last:

---

9) Hier ist einwandfrei, wie auch soweit man § 1387 als Ausgangspunkt ansieht, nicht bestritten wird, das Verhältnis von Regel und Ausnahme festgesetzt worden. Enneccerus-Nipperdey, I § 51 I 3.

10) § 5 Text zur Anm. 11.

11) § 5 Text zur Anm. 27.

12) Oben § 5 Text zur Anm. 27.

13) Soweit zu sehen, ist hier von der überwiegend herrschenden Ansicht abweichend nur Dengel a. a. O. im § 14 S. 60 ff., dessen kurze Ausführungen, was die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung anlangt, mit den hier dargestellten Gedankengängen übereinstimmen.

14) Entwurf I § 1316 Nr. 4.

Nr. 1—3 .... (entspr. d. heutigen § 1415); Nr. 4: die Verbindlichkeiten, welche aus einem Rechtsstreite zwischen der Ehefrau und dem Ehemann in Ansehung der Kosten des Rechtsstreites entstanden sind.

Damit hat der im Hinblick auf § 1417 durchaus in das System passende Gedanke Ausdruck finden sollen, daß bei verlorenen Prozessen der Frau die Kostenlast nicht das eingebrachte Gut angreifen und die Einkünfte des Ehemannes aus diesem schmälern sollte. Es handelt sich hier also um Abgrenzungen zwischen Lasten des eingebrachten und des vorbehaltenen Gutes[15]), um Bestimmungen, deren Erkenntnis aus ihrer Voraussetzung, daß nämlich die Frau überhaupt mit einer ihrer Gütermassen diese Lasten zu tragen hat, folgt. Dies ergibt sich daraus, daß auch das Gesetz den Regeln der Logik folgen muß und nur gegenüberstellbare Größen einander gegenüber stellen kann. Als gegenüberstellbar erscheinen hier aber nur die Begriffe Mann und Frau, sowie eingebrachtes Gut und Vorbehaltsgut. Vergleiche müssen in diesen Gruppen bleiben. Ein Hinüberwechseln aus einer Gruppe in die andere erscheint nicht zulässig. Diese Auffassung findet eine Stützung in den Motiven. Wie aus ihnen eindeutig hervorgeht[16]), hat der Fall, daß die Ehefrau überhaupt nicht kostenpflichtig wird, daß also der Mann die Kosten nach Prozeßrecht (ZPO. § 91 ff.) zu tragen hat, als selbstverständlich in dem ersten Entwurf keine Aufnahme gefunden[17]).

Im weiteren Verlaufe der Entstehungsgeschichte ist dann, ohne daß eine materielle Änderung beabsichtigt — und unter Zugrundelegung einer genauen Auslegung bewirkt — ist,

---

15) So richtig auch: OLG. München in Rspr. 32 S. 6.

16) Motive IV S. 266.

17) Hier liegt, — dies ist gegen Dengel, § 14 S. 63 ff., vgl. oben § 2 Anm. 28 zu sagen, — neben der Wortinterpretation das bedeutsamere und durchschlagendere Beweismittel für die hier vertretene Ansicht über den zweiten Halbsatz des § 1416 Abs. 1. Die Entstehungsgeschichte kann allein den hier benötigten Beweis nicht erbringen, wenn sie auch als Nebenstütze gute Verwendung finden kann.

lediglich zur Klärung[18]) der Satz aufgenommen[19]): „... soweit nicht der Mann sie zu tragen hat". Da nicht beabsichtigt ist, durch die Einfügung dieses Nachsatzes eine Ausnahmemöglichkeit neu zu schaffen, insbesondere aus dem Grunde, daß an dieser Stelle eine solche garnicht in das System paßt, kann lediglich aus der unpassenden Verwendung der sonst im BGB. gebräuchlichen Formel „... soweit nicht ..." auch eine solche nicht hergeleitet werden. Die Bedeutung dieser Formel als Mittel der Ersichtlichmachung von Regel und Ausnahme beruht nicht auf einem positiven Rechtssatze, stellt sie doch vielmehr lediglich ein häufig von den Redaktoren verwendetes Auslegungshilfsmittel dar[20]). Zum richtigen Verständnis des Gesetzes ist somit nur zu kommen, wenn der mit „soweit" eingeleitete Nachsatz des § 1416 I überhaupt außer acht gelassen wird, da er nur eine Selbstverständlichkeit ausdrückt[21]) und lediglich eine deklaratorisch wirkende Wiederholung enthält[22]).

Das Resultat der bisherigen Feststellungen ist nun also dieses: Auf Grund des § 1387 hat der Ehemann die Kosten eines Rechtsstreites der Frau zu tragen oder wie andererseits gesagt ist[23]), sie von Kosten freizuhalten, bis er beweisen

---

18) So auch Seuffert vor § 91 6a α; Ullmann, Arch. Ziv.Prax. 92 S. 294 Mitte. Trotzdem wird dieser Nachsatz für einen mit anordnendem Inhalt versehenen Rechtssatz gehalten, Seuffert a. a. O.

19) Nach Ullmann, Arch.Ziv.Prax. 92 S. 294 in der Reichstagsvorlage, er findet sich jedoch schon in der Bundesratsvorlage (II b § 1372).

20) Enneccerus-Nipperdey, I § 51 I 3. Oben § 5 Text zur Anm. 27.

21) Hier mag erwähnt werden, daß derselbe Vorgang bei dem entsprechenden Paragraphen — § 1464 — der allg. Gütergemeinschaft festzustellen ist. Während im Entwurf I § 1367 Nr. 4 eine solche Bestimmung noch fehlt, findet sich dieselbe in den späteren Entwürfen, im Entwurf II b § 1449 (Bundestagsvorlage) und im Entwurf III § 1447 (Reichstagsvorlage).

22) Dengel, § 14 S. 63 hält diesen Satz für: „Keine Bestimmung von materiell-rechtlicher Bedeutung" vgl. oben § 2 Anm. 28.

23) KG. Rspr. 41 51—52; OLG. Stettin Rspr. 40 70/71.

kann und beweist, daß sie dem Vorbehaltsgute zur Last fallen.

Abweichend von dieser lediglich auf § 1387 I unter Ausschaltung des § 1416 gestützten Begründung für die Kostentragungspflicht zieht die güterrechtliche Kostenvorschießtheorie jene zwei oben erwähnten Möglichkeiten in Erwägung [24]). Dort wird gesagt: Auf die Forderung der Frau nach einem Prozeßkostenvorschusse, gestützt auf die Regel des § 1387 I brauche sich der Mann in Prozessen mit der Frau nur auf die Tatsache, daß es sich um einen Rechtsstreit zwischen ihm und seiner Gattin handle, zu berufen, um die Frau zu zwingen, das Vorliegen der „Unterausnahme" des § 1416 I zweiter Halbsatz zu beweisen. Allein diese Folgerung wird mit den — bekannten — Erwägungen nicht gezogen: Das Platzgreifen der Regel des § 1416 I könne die Verpflichtung des § 1387 nicht beseitigen. Ein der Regel nach Zur-Last-fallen könne nicht genügen, denn man müsse unbedingtes Zur-Last-fallen fordern [25]).

Eine solche Scheidung erscheint nicht gerechtfertigt. Für sie ist kein Platz angesichts der hier bezüglich des § 1416 vertretenen Auffassung. § 1416 I stellt nicht eine Regel mit einer Ausnahme auf, unter Vorwegnahme der Beweiserbringung, sondern ist für § 1387 I nur eine Ausnahmemöglichkeit, die des Beweises bedarf. Bis der Ehemann das Vorliegen dieser Ausnahme beweist, ist er aus der Regel des § 1387 verpflichtet. Regelmäßig wird diese Möglichkeit, zu beweisen, daß die fraglichen Kosten dem Vorbehaltsgute zur Last fallen, erst mit dem Ende des Rechtsstreites gegeben sein, weil erst dann feststeht, daß die Frau nach den prozessualen Bestimmungen Kostenschuldnerin geworden sein wird. Bis zu jenem Augenblick, also während des Prozesses — von dem Zeitpunkt des Beginns dieser Verpflichtung ist sogleich noch zu handeln — besteht regelmäßig die Kostentragungspflicht des Ehemannes. Bei dieser Betrachtung ergibt sich die völlige Gleichstellung des § 1415 mit

---

24) Oben § 3 Text zur Anm. 2 und Text zur Anm. 7.

25) Dies veranlaßte Staudinger — vgl. oben § 5 Anmerkung 12 — von Verkennung der Beweislast zu sprechen. Vgl. auch den Angriff von Aal a. a. O. und oben § 5 Text zur Anm. 19.

dem § 1416 für diese Frage. Mithin kann ein Unterschied nicht darin gefunden werden, ob die Frau gegen den Mann oder gegen Dritte prozessiert. Beide Paragraphen stehen inhaltlich auf gleicher Stufe bezüglich der Möglichkeit, Ausnahmefälle des § 1387 zu bilden. Wenn diese Gleichheit oben [26]) bestritten ist, insbesondere unter der Teilung in Fälle, die unbedingt und solche, die der Regel nach dem Vorbehaltsgute zur Last fallen, so liegt darin eine Verschlechterung der Stellung der Frau, für die im Gesetze kein Anhaltspunkt gefunden werden kann [27]).

Wenn nun zu dieser Kostentragungspflicht gesagt ist, ihr wohne eine „Kostenvorschußpflicht" inne, so ist diesem entgegen gehalten, daß das Gesetz, wenn es eine Kostentragungspflicht zu einer Kostenvorschußpflicht erhöhe, es dies ausdrücklich bestimme. Hier wird allein die dritte dargestellte Auffassung für richtig gehalten, daß es sich hier um eine Kostenvorschuß-Tragungs- oder -Zahlungs-Pflicht handelt, d. h., daß unter die vom Manne zu leistenden Kosten die von der Frau vorschußweise zu erbringenden mit zu zählen sind [28]). Die Kostenvorschüsse erscheinen also lediglich als Kosten [29]), für die das Gesetz einen bestimmten Zahlungsmodus angegeben hat.

Die Frage, wann die Ehefrau den Mann aus seiner Kostentragungspflicht wegen eines Rechtsstreites, den sie führt, in Anspruch nehmen kann, bestimmt sich, dem familienrechtlichen Charakter dieser Verpflichtung entsprechend [30]), danach, wann die Frau dieser Kosten bedarf. Kosten hat die einen Rechtsstreit führende Frau nach den Bestimmungen der Kostengesetze zu erbringen. Für das vor-

---

26) Knitschky a. a. O. S. 105—06; Meisner, § 1387 3; RG. 47 72 ff.

27) Zu dieser Frage finden sich in der angegebenen Literatur nur wenige ausdrückliche Stellungnahmen, da die meisten Schriftsteller sich auf die Prozesse zwischen den Gatten, wenn nicht sogar auf die Ehescheidungsprozesse beschränken. Wie hier: KG. in Rspr. 41 S. 52.

28) Also: grammatisch: Kostenvorschüsse als Objekt.

29) So auch: Barre a. a. O.; Fleischmann a. a. O.; Ullmann, Güterrecht § 17 VI.

30) Martin Wolff, § 47 II, IV und § 52 insb. II 3.

liegende Problem interessieren besonders: die §§ 74 ff. des Gerichtskostengesetzes, § 84 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte und § 21 der Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher. Die in diesen Gesetzen genannten Organe der Rechtspflege können vor Beginn ihrer Tätigkeit vom Rechtssuchenden einen Vorschuß verlangen, d. h. sie können verlangen, daß das Entgelt[31]) für ihre Tätigkeit — ganz oder teilweise — vorgeleistet wird. Bezüglich des Anwalts, mit dem die Frau gemäß §§ 675, 611 ff. in einem gegenseitigen Vertrage steht, bedeutet diese Bestimmung eine Abweichung sowohl von dem Grundprinzip der Zug-um-Zug-Leistungspflicht bei gegenseitigen Verträgen (§ 320 BGB.), als von der speziellen Bestimmung des § 614 Abs. I. Der gleiche Entgeltscharakter findet sich in den öffentlich-rechtlichen Verhältnissen der Frau zu dem Gerichtsvollzieher[32]) und zu dem Gerichte. Wenn sich dies auch noch nicht aus der Bezeichnung als Gebühren[33]) allein zu ergeben braucht, so steht doch fest, daß die Verpflichtung der Ehefrau „eine einseitig auferlegte öffentlich-rechtliche Leistungspflicht ist für die besondere Inanspruchnahme einer Einrichtung des Staates“[34]) oder wie spezieller gesagt ist[35]) „die Vergütung für die Tätigkeit der Gerichte, d. h. sowohl für ihre Arbeit, wie für den Rechtsschutz im allgemeinen“; sie ist also mit anderen Worten ein Entgelt[36]). Es kann dahingestellt bleiben, ob in öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen das Zug-um-Zug-Leistungs-Prinzip besteht; für die vorliegenden öffentlich-rechtlichen Gegenstücke zu den gegenseitigen Verträgen des Privatrechts ergibt sich aus dem Gesetze eine Vorschußpflicht, vielfach „Vorwegleistungspflicht“ genannt[37]), d. h. eine Vorleistungspflicht[38]) wie bei der privatrechtlichen Verpflichtung dem Anwalte gegenüber. Die

---

31) So auch: Ullmann, Güterrecht § 17 VI.

32) RG. 82, 85 ff.

33) Goldschmidt, § 38 1.

34) Fleiner, § 27 I 2; Ullmann a. a. O.

35) Rittmann-Wenz, Einleitung II 1 und 3.

36) Daneben kommt auch noch der Ersatz von Auslagen in Frage. GKG. §§ 71—73.

37) Jonas, § 74 III 1.

38) Baumbach, GKG. § 74 I und § 84 I.

bezeichneten Gebühren resp. Auslagen werden also nicht erst mit der Beendigung des Verfahrens fällig, sondern sie werden bereits „vorweg" erhoben[39]). Gesetzlich sind also die Zahlungsmodalitäten für einen großen Teil der von der Ehefrau zu erbringenden Kosten in der Weise bestimmt, daß sie als Vorschüsse zu leisten sind. Diese Vorschußverpflichtungen der Frau fallen in eine Zeit, in der der Mann der Regel nach aus § 1387 zur Kostentragung verpflichtet ist, d. h. wo er regelmäßig noch nicht das Vorliegen der Ausnahme des § 1387 Nr. 1 Satz 2 beweisen kann.

Aber auch im Hinblick auf den Zeitpunkt, mit dem die Kosten- resp. Kostenvorschuß-Verpflichtung des Ehemannes beginnt, bestehen keine Schwierigkeiten. § 1387 sagt von dieser Kostenvorschußfreihaltungspflicht[40]): Der Ehemann hat die Kosten eines Rechtsstreites zu tragen, den die Frau führt. Hier liegt auch die Bestimmung der Fälligkeit. Sie tritt bezüglich der Verpflichtung des Mannes in demselben Augenblicke ein, in dem die Frau einen Rechtsstreit führt, d. h. beginnt, ihn zu führen[41]). Dies folgt aus dem Gebrauch des Präsens in den beiden Prädikaten; er ergibt, daß die Verpflichtung wegen der Kosten in dem Augenblick Platz greift, in dem der Tatbestand vorliegt, daß ein Rechtsstreit geführt wird. Dies Resultat steht mit dem Zwecke dieser Bestimmung völlig in Einklang, würde doch, wenn diese Verpflichtung des Mannes später beginnen würde, ihr Zweck, die Frau von Kosten freizuhalten, nicht erreicht werden[42]). Vor diesem Augenblick, in dem die Frau beginnt, ihren Rechtsstreit zu führen, besteht keine Verpflichtung des Ehemannes, ihr die Kosten, resp. Kostenvorschüsse eines solchen zu zahlen oder „vorzuschießen", das BGB. sieht solches nicht vor[43]).

Wann führt nun aber die Frau einen Rechtsstreit, resp. wann beginnt sie einen solchen zu führen? Dieser Tatbestand liegt nicht erst mit dem Erheben einer Klage vor, sondern ist

---

39) Rittmann-Wenz vor § 74 1; Rittmann, 6. Abschnitt I.

40) Vgl. oben Anm. 23.

41) Zu diesem Begriff folgt näheres unten, Text zur Anm. 44.

42) Vgl. Walsmann a. a. O.

43) Stein-Jonas vor § 606 VI B 2.

in einem weitergreifenden Kreise von Fällen gegeben. Sein Tatbestand umfaßt die prozessuale Einheit des anhängigen oder anhängig zu machenden Verfahrens zwischen bestimmten Parteien über einen bestimmten Gegenstand[44]). Ein Rechtsstreit liegt also nicht erst mit dem Erheben einer Klage vor, sondern immer schon dann, wenn ein mit dem Einleiten eines solchen Verfahrens in unmittelbarem Zusammenhange stehendes Rechtsverhältnis eingegangen wird, z. B. wenn ein Anwalt bestellt wird. In diesem Augenblick beginnt die Frau einen Rechtsstreit zu führen; damit wird sie Kostenvorschußschuldnerin, und im gleichen Augenblick wird die Verpflichtung des Ehemannes, sie von Prozeßkosten frei zu halten, fällig.

Vom Standpunkte der Praxis dürfte gegen dieses Resultat nichts eingewendet werden können. Den erwähnten Organen der Rechtspflege steht b e i und nicht erst n a c h Eingehung des Rechtsverhältnisses mit der Ehefrau ein Vorschuß zu[45]). Zwar wird die Verpflichtung des Ehemannes erst im gleichen Augenblick fällig, wie die seiner Gattin, aber trotzdem ist auch einer Ehefrau, die diese bei Einleitung eines Rechtsstreites nötigen Mittel nicht aus vorhandenem Vorbehaltsgut zur Verfügung hat, die Möglichkeit gegeben, in jenem fraglichen Augenblicke von ihrem Manne die Befreiung von der entstehenden Schuld zu erlangen und somit den Rechtsstreit zu beginnen. Die Ehefrau kann nämlich schon vor der Fälligkeit wegen der Kosten gegen den Mann vorgehen. Seine materiell-rechtliche Verpflichtung findet eine für die Praxis überaus wichtige Ergänzung in den Bestimmungen der ZPO. Für Notfälle, wie den oben beschriebenen, besteht die Möglichkeit, eine einstweilige Verfügung gemäß §§ 940; 936; 926 ZPO. zu erwirken[46]). Wenn diese Möglichkeit nicht immer, sondern nur in diesen bestimmten Notfällen gegeben ist, so entspricht das nur dem prozessualen Grundsatze, daß der Regel nach ein prozessualer Schutz für einen Anspruch erst mit seiner Fälligkeit gewährt wird[47]). Dies be-

44) Vgl. S y d o w - B u s c h - K r a n t z, § 81 1; S t e i n - J o n a s, § 81 II.

45) Vgl. oben Text zu Anm. 30—39.

46) Vgl. unten §§ 11 und 12.

47) B a u m b a c h, § 257 I.

deutet praktisch, daß die über Vorbehaltsgut verfügende Ehefrau dem bei der Mandatsübernahme einen Vorschuß verlangenden Anwalte diesen zahlen muß und sodann denselben von ihrem Manne erstattet verlangen kann[48]). Ist somit der Beweis für die behauptete Kostenvorschuß-Pflicht erbracht, so fällt auch eine endgültige Kritik an der Ausdrucksweise, daß der Mann die Kosten vorzuschießen habe (ältere Unterhalts-, güterrechtliche Vorschieß- und Gewohnheitsrechts-Theorie) nicht schwer.

Während die Ehefrau auf Grund dieser Kostengesetze aus gegenseitigem Verhältnisse zu einer Vorleistung verpflichtet ist, hat ihr Gatte aus seiner Stellung als Nutznießer und Verwalter des eingebrachten Gutes die Kosten und Kostenvorschüsse eines Rechtsstreites, den seine Gattin führt, zu tragen, aus einem Grunde also, auf den die Regeln der gegenseitigen Verträge nicht passen. Dies ergibt sich aus dem familienrechtlichen Charakter seiner Verpflichtung und wird besonders deutlich daran, daß der Mann die Kosten auch zu tragen hat, wenn er aus dem eingebrachten Gute keine Früchte zieht, wenn es keine trägt und sogar wenn die Frau gar kein eingebrachtes Gut hat[49]). Die entgegen-

48) Eine nähere Betrachtung dieser ins prozessuale Gebiet fallenden Fragen folgt unten im § 11. Nicht unerwähnt soll die gegenwärtige Anwaltspraxis bezüglich dieser Fälle bleiben. Es wird nur wenig von diesem Rechte, bei Mandatserteilung einen Vorschuß zu fordern gebraucht gemacht, vielmehr wird nach Mandatsübernahme von Seiten der Anwälte versucht, vom Manne die Beträge zu erlangen.

49) Achilles, § 1387; Crome, § 576 II 2d; Fischer-Henle, § 1387 5; Förster-Kann vor § 606 3b; Freudenthal-Sauerländer, § 627 4; Goldmann-Lilienthal, § 21 9 Anm. 24; Klien a.a.O. S. 423; Kuhlenbeck, § 1387 1; Matthiass, § 231 1 III C 3; Löwenwarter, § 1387 2; RGR.Kom. § 1387 1 und 6a; Stein-Jonas vor § 606 VI B 1; Warneyer, § 1387 I; Martin Wolff, § 52 II 3 Text zur Anm. 8; RG. J.W. 06 S. 560, = Gruchot, 51 S. 385, = Seuff.Arch. 64 Nr. 28 S. 44; RG. J.W. 01 S. 735; KG. Rspr. 41 S. 52/53; OLG. Celle Rspr. 16 S. 211; OLG. Hamburg Rspr. 38 S. 253; hierzu bemerken: Dernburg, § 44 II 4: „Infolgedessen kann ein böses Weib beim gesetzlichen ehelichen Güterstande namentlich durch Prozesse, welches es anhebt, den Mann schwer

stehende Ansicht[50]), daß von einer Verpflichtung zum „Vorschusse" der Kosten auf Seiten des Ehemannes nur dann die Rede sein könne, wenn dieser tatsächlich soviel der Ehefrau gehöriges, seiner Verwaltung unterliegendes Vermögen in Händen habe, daß er aus den Zinsen dieses Frauengutes die Prozeßkosten zu zahlen in der Lage sei, ist zurückzuweisen, da nicht auf Grund der konkreten Nutznießung und Verwaltung diese Verpflichtung besteht, sondern auf Grund der güterrechtlichen Stellung des Ehemannes.

Bezüglich dieser Kostentragungspflichten sind Außen- und Innenverhältnis zu unterscheiden. Bei jenem Außenverhältnis handelt es sich, wie gezeigt, um eine Vorleistung, die das Gesetz Vorschußleistung nennt; hier dagegen handelt es sich um eine familienrechtliche Lastentragungspflicht, um die Kostenlast-Freihaltungspflicht. Auferlegt ist dem Manne diese auf Grund seiner Stellung als Nutznießer und Verwalter des eingebrachten Gutes. Von einer „Vor"leistungspflicht, als welche die oben untersuchten „Vorschuß"leistungen erkannt sind, kann somit nicht gesprochen werden, da es an einer anderen Leistung fehlt, v o r der geleistet wird. Die Ausdrucksweise, daß der Mann vorzuschießen habe, dürfte — mit einem solchen Inhalte — somit als ungerechtfertigt und logisch unhaltbar, dargestellt sein. Mit diesen Darlegungen, insbesondere mit der zu beachtenden Unterscheidung von Innen- und Außen-Verhältnis, ergibt sich für die Verpflichtung des Mannes als richtige und deutliche Bezeichnung: Kostenvorschuß-Zahlungs-Pflicht oder kurz: Kostenvorschuß-Pflicht. Es besteht auch keine Vorschußpflicht derart, daß der Mann die von der Frau zu erbringenden Kostenvorschüsse zu zahlen hat, bevor die Frau Kostenschuldnerin geworden ist[51]).

Verteidigen ließe sich der Ausdruck: „vorschießen"[52]) in der Bedeutung „vorläufig tragen" d. h. „vorstrecken". Interpretationen in diesem Sinne fehlen aber völlig; auch erscheint

---

schädigen, u. U. ruinieren!" und H a c h e n b u r g a. a. O. S. 142: „Infolgedessen kann der Mann beim gesetzlichen Güterstande ein sehr schlechtes Geschäft machen!"

50) LG. Dessau in J.W. 1925 S. 393.

51) Oben Text zur Anm. 43.

52) RG. 47 72 ff. und vgl. oben § 3 Text zur Anm. 6.

er, wenn er diesen Sinn haben soll, als sehr schlecht gewählt[53]). Eine besondere Betonung dieses Gesichtspunktes, insbesondere in einer Bezeichnung, wie vorläufige Kostenvorschuß-Zahlungspflicht oder Kostenvorschuß-Vorstreck-Pflicht dürfte nicht nötig sein.

Nun bedarf es noch einer Auseinandersetzung mit dem § 1394 und mit den in Bezug auf diesen Paragraphen gemachten Ausführungen. Von der Fälligkeit von Leistungen wird im sogenannten allgemeinen Teile des Rechtes der Schuldverhältnisse gehandelt. Wenn auch über eine über das Schuldrecht hinausgehende Verwendung dieser Bestimmungen, insbesondere in Bezug auf die Art der Verwendung, Streit herrscht[54]) [55]), so ist doch mit der herrschenden Ansicht zu sagen[56]), daß sie — und damit auch der § 271 BGB. — auch für das Familienrecht beachtlich sind. Eine Verbindung dieses Gedankenganges mit den Worten des § 1387: „Der Mann hat die Kosten eines Rechtsstreites, den die Frau führt, zu tragen, ergibt[57]), daß die Verpflichtung des Mannes Platz greift, wenn die Frau während des Prozesses oder vor seinem Anhängigwerden jener Mittel bedarf[58]). Aus der Bestimmung des § 1387 ist für die Verpflichtung des Mannes, seine Frau von Prozeßkosten freizuhalten[59]), nicht nur eine Befristung nicht zu entnehmen, sondern positiv angeordnet, daß die Verpflichtung unbefristet sein soll. Da nun nicht anzunehmen ist, daß sich das Gesetz in zwei ganz nahe bei einander stehenden Bestimmungen widersprechen will, muß zwischen den beiden Bestimmungen ein Verhältnis bestehen, das sie zwanglos aneinanderreiht. Dies Verhältnis dürfte in

53) Wegen BGB. §§ 403; 811 und 1035.

54) Für direkte Anwendung: Crome, § 138 2 und Warneyer vor § 241 V.

55) Für entsprechende Anwendung: RGR.Kom. vor § 241 Bem. 2.

56) Auch Staudinger, Einl. 1 3b vor § 241 und Fischer-Henle vor § 241 bejahen die Zulässigkeit der Anwendung dieser Paragraphen auf familienrechtliche Verhältnisse. Auch sie halten die Frage nach der Art der Anwendung nicht für bedeutungsvoll.

57) Klien a. a. O.

58) Vgl. oben Text zur Anm. 45.

59) KG. Rspr. 41 51.

dem Gegensatz zwischen allgemeinen und speziellen Anordnungen liegen. Wie der Wortlaut ergibt, ist § 1394 eine allgemeine Anordnung, während § 1387 nur für seinen besonderen Fall den Mangel einer Befristung enthält. Bei dieser Betrachtung dürfte zu § 1394 sinngemäß zu ergänzen sein, „soweit nicht anderes bestimmt ist".

Mit diesem mit den obigen Ausführungen übereinstimmendem [60]) Resultate, daß § 1394 für die Geltendmachung der Ansprüche aus der Kostenvorschuß-Tragungs-Pflicht während der Nutznießung und Verwaltung des Ehemannes kein Hindernis darstellt, stehen auch die Materialien zum BGB. im Einklang. Dort [61]) ist ausgeführt, daß § 1394 nur in das Gesetz aufgenommen ist, um der Frau die Möglichkeit zu nehmen, um jeder Kleinigkeit willen den Mann wegen der Führung der Verwaltung vor das Gericht zu ziehen. Der gesetzgeberische Grund, wegen dessen die Bestimmung des § 1394 geschaffen ist, liegt nun aber bei der hier zur Rede stehenden Verpflichtung nicht vor, bleibt doch, wenn die Ehefrau diesen Anspruch erhebt, die Selbständigkeit der Verwaltung des Mannes unberührt [62]) [63]). Das oben [64]) gefundene Resultat erleidet also durch § 1394 keine Veränderung, ebenso ist das Ergebnis der herrschenden Ansicht bestätigt gefunden [65]).

Angesichts der Tatsache, daß sich die Kostenvorschuß-

60) Oben Text zu Anm. 40—45.

61) Protokolle IV S. 202.

62) So auch, wenn auch in anderer Sache: RG. 126 S. 119 bis 121.

63) Hier soll übrigens noch folgender Hinweis gegeben werden: Im § 1394 wird ausdrücklich von Ansprüchen, die der Ehefrau auf Grund der Nutznießung und Verwaltung zustehen, gesprochen. In dem Fehlen der Bezugnahme auf diese im § 1387 dürfte nicht wie es geschehen ist, — Dengel a. a. O. § 15, vgl. oben § 2 Text zu Anm. 26 ff. — eine Andeutung für den Unterhaltscharakter dieser Verpflichtung zu sehen sein, sondern eher ein Hinweis darauf, daß ein im Hinblick auf § 1394 wichtiger Unterschied besteht zwischen § 1387 und den übrigen auf Grund der Nutznießung und Verwaltung dem Manne auferlegten Verpflichtungen, und daß hier jenes Hindernis nicht besteht.

64) Oben Text zu Anm. 28—44.

65) Oben § 3 Text zu Anm. 14 ff.

Pflicht des Ehemannes aus dem Wortlaute des BGB. entnehmen läßt, erübrigt sich die Annahme eines Gewohnheitsrechtes in dem vollen Umfange, in dem es von jener Theorie behauptet ist.

Aus der im § 1387 gegebenen Formulierung des Platzgreifens der Kostenvorschuß-Pflicht des Ehemannes seiner Gattin gegenüber ergibt sich mit der Begründung — auch schon in gegenwärtiger Beziehung — gleichzeitig eine Begrenzung. Den hierüber von Wissenschaft und Praxis gemachten Ausführungen ist zuzustimmen, da es sich um reine Anwendung des Gesetzes in seinem Wortlaut handelt.

Es liege keine Veranlassung vor, für offenbar aussichtslose Prozesse eine Kostentragungspflicht des Mannes anzunehmen [66]). Diesen Ausnahmefall festzustellen, liege im pflichtgemäßen Ermessen der Gerichte. Die Begründung wird folgerichtig damit gegeben, daß mit ersichtlicher Aussichtslosigkeit schon, wenn die Frau den Anspruch erhebt, die Einrede vorgeschützt werden kann, daß dem Vorbehaltsgute diese Kosten zur Last fallen werden, da die Ehefrau im Rechtsstreite unterliegen wird. Diese Einschränkung ist nur bei offensichtlicher Aussichtslosigkeit gegeben; eine Abhängigmachung der Kostenvorschuß-Pflicht von der Prüfung der Frage, ob das Vorgehen der Frau aussichtsreich, begründet oder erforderlich sei, kann der Mann nicht verlangen [67]). Praktisch wird dies in aussichtslosen Berufungsklagen. Hier steht, da der Streit bereits in einer Instanz geführt und die Rechtslage klargelegt ist, u. U. fest, daß die Frau die Kosten zu tragen haben wird. Mit dem Fehlen der Ungewißheit [68]) entfällt die Verpflichtung des Ehemannes, die Kostenvorschüsse zu erbringen [69]).

---

66) Erler a. a. O. § 45 S. 206—207; Meisner, § 1387 3; RGR.Kom. § 1387 6b; Rosenthal, § 1387; Walsmann, a. a. O. S. 367; Warneyer, § 1387 2; KG. in Rspr. 21 S. 220; KG. in J.W. 1925 S. 2147 04; OLG. Hamburg in Seuff.Arch. 73 Nr. 80 S. 131.

67) RGR.Kom. § 1387 6b; OLG. Rostock in Rspr. 39, 92.

68) z. B. auch infolge Geständnisses, vgl. OLG. Rostock in Rspr. 39 S. 47.

69) OLG. München in Rspr. 32 S. 7; OLG. München in Seuff.Bl. 72 S. 847; OLG. München in Rspr. 30 S. 44.

§ 7.

Die Kostenvorschußfrage im Güterstande der Gütertrennung.

Nicht uninteressant sind auch die Kontroversen, die bezüglich der „Kostenvorschußpflicht", d. h. wegen einer evtl. Kostenvorschuß-Tragungs-Pflicht in dem zweiten gesetzlichen Güterstande, bei der Gütertrennung, bestehen.

Unter besonderer Betonung der Tatsache, daß die Verpflichtung des Mannes wegen der Kostenvorschüsse der Ehefrau bei den übrigen Güterständen auf güterrechtlichen Bestimmungen beruhe, nehmen hier die Vertreter beider güterrechtlicher Theorien [1]) mangels einer dahingehenden Bestimmung in den §§ 1426—29 an, daß hier eine solche Verpflichtung nicht bestehe. Sie befinden sich damit in Übereinstimmung mit den Vertretern der Gewohnheitsrechtstheorie [2]), die ebenfalls für diesen Güterstand keine Kostenvorschußpflicht anerkennen. Die gemeinsame Argumentation dieser Richtungen geht dahin, daß von den güterrechtlichen Bestimmungen auszugehen sei, und dort ermangele es für diesen Güterstand einer entsprechenden Bestimmung. Zu einem gleich negativen Resultate kommt die Praxis [3]), die ihrerseits zum Teil noch auf die Motive Bezug nimmt [4]). Diese bringen die Formulierung, die Frau stehe in Ansehung ihres Vermögens bei der Gütertrennung einer unverheirateten Frau gleich [5]). Daß die Vertreter jener Ansicht, daß bei der Verwaltungsgemeinschaft keine Verpflichtung des Ehemannes wegen der Kostenvorschüsse bestehe, auch bei diesem Güterstande keinerlei Verpflichtungen in dieser Richtung für be-

---

1) Endemann, § 176 Anm. 61; Erler, § 45 S. 207; Planck vor § 1426 2 2; RGR.Kom. § 1427 1; Sydow-Busch-Krantz, § 627 5; Warneyer, § 1426 II b Note 7.

2) Baumbach, ZPO. vor § 91 5 D; Freudenthal-Sauerländer, § 91 1 IV b, § 627 4.

3) OLG. Braunschweig v. 8. 3. 1901 in Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig 01 S. 74; OLG. München in Rspr. 30 S. 44 Anm. 1; OLG. Königsberg Recht 03 S. 431; KG. Rspr. 11 S. 94.

4) OLG. Darmstadt in Hess.Rspr. 01 S. 114.

5) Motive IV S. 321.

gründet halten, dürfte nur mit dieser Feststellung zu erwähnen sein [6]).

Mit härtesten Worten wird gegen dieses Resultat Sturm gelaufen von beiden Unterhaltstheorien [7]). Ganz besonders bei diesem Güterstande zeige sich die Unhaltbarkeit der oben vertretenen herrschenden Ansicht, daß der Mann auf Grund der güterrechtlichen Bestimmungen der Frau gegenüber verpflichtet sein solle, die Kosten resp. Kostenvorschüsse zu tragen. Sie ergebe eine Lücke, da sie zu dem völlig unverständlichen Resultate führe, daß der Ehemann in diesem Güterstande nicht verpflichtet sei, „auch nur einen Pfennig herzugeben, obgleich es sich für die Frau um die Wahrung der wichtigsten persönlichen oder sachlichen Interessen handle“ [8]). Gerade hier zeige es sich, daß der Mann als ihr Beschützer mit der Unterhaltspflicht auch die Pflicht habe, ihr die Führung von Prozessen zu ermöglichen, eben durch Bereitstellen der Kostenvorschüsse [9]). Auf die Motive, die von falschen Voraussetzungen und Ansichten ausgingen, könne die herrschende Ansicht nicht gestützt werden, sie seien nicht Gesetz. Die Prozeßkosten-Tragungs- und „-Vorschußpflicht“ entspringe vielmehr aus der Unterhaltspflicht und ergebe somit auch für diesen Güterstand die Verpflichtung des Mannes, die Vorschüsse zu tragen. Diese Ansicht sei mit diesem Resultat die einzige einer Kulturnation würdige [10]). Die entgegenstehende herrschende Ansicht werde dem sittlichen Wesen der Ehe nicht gerecht!

Zu diesen widerstrebenden Ansichten dürften folgende Bemerkungen angebracht sein: Nach dem oben [11]) bei der

---

6) Schäfer, Hanseat.Ger.Bbl. 00 S. 56; Bürck, J.W. 00 S. 270; Axhausen a.a.O. S. 382; Seuffert vor § 91 6a δ; Staudinger vor § 1426 1 Abs. 2; Stein-Jonas vor § 606 VI B Anm. 39; Wieruszowsky, Eherecht § 9 Anm. 87.

7) Dengel a.a.O. § 15 S. 73: „Die Interpretation des Rechtes einer Kulturnation dürfe unmöglich dazu führen, daß die Ehefrau je nach ihrem Vermögen zum mehr oder minder gut rentierenden Vermögensstücke des Mannes herabsinke!“

8) Hellwig, § 245 VI 2a.

9) Meyerhoff a.a.O.

10) Dengel a.a.O. S. 73.

11) § 2 Text zur Anm. 18 und § 6 Text zur Anm. 23.

Verwaltungsgemeinschaft vertretenen Standpunkte ist hier der verneinenden herrschenden Ansicht im Resultat, jedoch mit der Maßgabe, daß eine Kostenvorschuß-Pflicht nicht besteht, zuzustimmen. Mit den sich entsprechenden Ausführungen in den Motiven, daß die Prozeßkosten nicht zum Unterhalte gehören [12]), und daß die Ehefrau in diesem Güterstande in Ansehung ihres Vermögens die Stellung einer unverheirateten Frau habe [13]), erscheint allein schon die herrschende Ansicht begründet und der Gesichtspunkt der Unterhaltspflicht als Grundlage für die hier zur Rede stehende Verpflichtung widerlegt. Hierzu muß aber auch folgende Gegenüberstellung dieses Güterstandes mit der Verwaltungsgemeinschaft führen:

Wäre im § 1387 I [14]) nur die für die Verwaltungsgemeinschaft geschaffene güterstandsmäßige Abwandlung der Unterhaltspflicht enthalten, so müßte man hier, bei der Gütertrennung, angesichts des Fehlens einer solchen Abwandlung dazu kommen, eine aus § 1360 ohne Abwandlung und damit ohne Einschränkung gegebene Kosten- resp. Kostenvorschuß-Pflicht anzunehmen. Eine Betrachtung der Einzelheiten der Ausgestaltung der Güterstände ergäbe dann folgendes Bild:

Während dem Manne bei der Verwaltungsgemeinschaft die gesamten Nutzungen des eingebrachten Gutes zufallen, hat er bei der Gütertrennung solche Einkünfte aus dem Frauengute gar nicht; dafür trägt er in der ihm Einkünfte gewährenden Verwaltungsgemeinschaft die Prozeßkosten der Frau beschränkt [15]) und in der Gütertrennung mangels einer solchen Klausel unbeschränkt!

Mit dieser Schlußfolgerung dürfte aber doch ihre Voraussetzung als unmöglich erkannt und der Gesichtspunkt der Unterhaltspflicht als Grundlage für eine Kostenvorschuß-Pflicht des Ehemannes als nicht stichhaltig erwiesen sein. Sollten wirklich die Gesamtheit der güterrechtlichen Kosten-

12) Motive IV S. 202, 640, 696.
13) Motive IV S. 321.
14) Dengel a. a. O. § 17 S. 83.
15) Nämlich nach § 1387 nur: „soweit sie nicht dem Vorbehaltsgute zur Last fallen".

bestimmungen eine systemvolle Abwandlung der Unterhaltspflicht des Mannes sein, „geschaffen zu Abschwächung von Unbilligkeiten, die sich aus der Konstruktion der verschiedenen Güterstände ergeben könnten, wenn in diesen jene Verpflichtung unverändert bliebe[16])", so müßte man angesichts dieser Gegenüberstellung zu der Feststellung kommen, daß eine solche Durchführung dieses Gedankens schlechthin eine Unmöglichkeit darstellt, daß das gesteckte Ziel völlig verfehlt ist. Da man dem Gesetzgeber aber eine so mangelhafte Arbeit nicht zutrauen kann, dürfte mit diesem weiteren Argument die endgültige Widerlegung der Unterhaltstheorien gegeben sein.

Prozeßkostenlasten sind dem Ehemanne vom Gesetzgeber als güterrechtliche Verpflichtungen auferlegt worden. Sein diesbezüglicher Wille ist klar zum Ausdruck gekommen; und wenn nun ein Güterstand geschaffen ist, bei dem eine solche Verpflichtung des Mannes nicht normiert ist, so dürfte das in seiner inneren Struktur begründet sein.

Eine „Kostenvorschußpflicht" des Ehemannes nimmt die herrschende Meinung in dem Falle des § 1430, bei der Überlassung des Vermögens der Ehefrau an den Mann, an, indem Prozeßkosten zu den Kosten und Lasten gerechnet werden, die bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden[17]). Wenn nun gesagt ist, den Mann treffe die Pflicht, für die Frau die Kosten eines von ihr geführten Rechtsstreites vorzuschießen, so ergibt sich das — abgesehen davon, daß es sich um eine Kostenvorschuß-Zahlungs-Pflicht handeln dürfte — aus dem zwischen dem Manne und der Frau bestehenden Auftragsverhältnis[18]); aus diesem ist die Ehefrau berechtigt, von dem Manne aus den Einkünften ihres Vermögens die zur Führung eines Prozesses nötigen Kosten zu fordern, auch diejenigen, die sie vorschußweise erbringen muß.

---

16) Dengel a. a. O.

17) RGR.Kom. § 1427; dort ist auch eine in diesem Sinne ausgefallene nicht veröffentlichte Entscheidung zitiert, RG. vom 12. 3. 08.

18) RGR.Kom. § 1430 Nr. 1 und 2.

19) Planck, § 1430 I 5; Staudinger, § 1430 3b β Abs. 2. Dieser weist besonders darauf hin, daß der Mann den Gläu-

§ 8.

Die allgemeinen Fragen über den Umfang der Kostenvorschuß-Pflicht.

Weitere Streitfragen bestehen wegen des Begriffes „Kosten des Rechtsstreites". Auch hier ist die von der herrschenden Meinung gegebene Auslegung nicht unbestritten.

Eine große Zahl von Schriftstellern [1]), zahlreiche Gerichte [2]) und besonders das Reichsgericht [3]) verstehen unter dem Begriffe „Kosten" nicht nur die Gerichts-, sondern auch die Anwalts- und Gerichtsvollzieherkosten.

Im Gegensatz zur ZPO., die als Kosten des Rechtsstreites die Gerichtskosten und die dem Gegner zu erstattenden Kosten bezeichnet, werden hier unter dem Begriffe „Kosten des Rechtsstreites" auch die „eigenen" Kosten der Partei gerechnet [4]). Zur Begründung wird gesagt [5]): Die ganze Summe der von der Frau aufzubringenden Beträge sei mit dem Worte Kosten gemeint. Wenn auch die ZPO. unter dem Begriffe „Kosten" nicht die von der Partei selbst ihrem Anwalt und dem Gerichtsvollzieher zu zahlenden Kosten

---

bigern nicht unmittelbar haftet, sondern mangels einer Bestimmung, wie sie in der Verwaltungsgemeinschaft im § 1388 enthalten ist, nur der Ehefrau.

1) Breme, J.W. 1920 S. 1022; Crome, § 576 II 2d Anm. 44; Erler a.a.O. § 45 S. 206—07; Fischer-Henle, § 1387; Förster-Kann vor § 606 3b; Kisch a.a.O.; Klien a.a.O. S. 422; Loewenwarter, § 1387 I; Matthiass, § 231; 1 III C 3; Meikel in Seuff.Bl. 65 S. 185 ff.; Opet, § 1387 3; Planck, § 1387 I 5; RGR.Kom. § 1387 2; Rosenthal, § 1387; A. B. Schmidt, § 1387 c β αα; Ullmann, Güterrecht, § 17 IV und Warneyer, § 1387 I.

2) OLG. Breslau Rspr. 1 S. 56; OLG. Celle Rspr. 16 S. 211; OLG. Colmar Rspr. 11 S. 95; OLG. Düsseldorf Rspr. 29, 145 unter Berufung auf Motive IV S. 266; OLG. Hamburg Rspr. 30 S. 46; OLG. Hamm in J.W. 1925 S. 826; OLG. Naumburg Rspr. 1 S. 269/70; OLG. Rostock Rspr. 39 S. 91/92; LG. Gießen in Hess.Rspr. 00 S. 84, betr. § 1460 II.

3) RG. 46 355 und 47 73; R.G. J.W. 1901 S. 735.

4) Dengel a.a.O., § 8 S. 25 und Planck, § 1387 I 5 betonen besonders diese Gegenüberstellung.

5) OLG. Breslau Rspr. 1 S. 56; Planck, § 1387 I 5.

verstehe, so sei doch der Sinn des einschlägigen Paragraphen (§ 1387), unter den in ihm enthaltenen Voraussetzungen die Frau ganz von der Kostenpflicht zu befreien. Aus diesem Grunde könne der Kostenbegriff der ZPO. nicht maßgebend sein. Die erwähnten Bestimmungen des BGB. umfaßten die Gerichtsvollzieher- und Anwaltskosten mit, insbesondere da ja auch sie aus Kostengesetzen erwachsen seien [6]). Wenn auch zugegeben werden müsse [7]), daß der Kostenanspruch des Anwalts durch das Mandat begründet werde, so sei doch die Tatsache vor allem maßgeblich, daß diese Kosten selbst durch den Prozeß bedingt seien. Der Unterschied, der zwischen der Bedeutung des Begriffes „Kosten" im BGB. und in der ZPO. bestehe, sei verständlich, da dort nur die Frage des Ausgleiches zwischen den zwei Prozeßgegnern zu regeln sei, während im BGB. die Frage zwischen drei Personen der Klärung bedurfte.

Der herrschenden Ansicht wird nun entgegengehalten, daß zu den Kosten des Rechtsstreites nicht die Kosten und Kostenvorschüsse des Anwalts und des Gerichtsvollziehers gerechnet werden dürften, da diese nicht Kosten des Rechtsstreites seien, sondern Verpflichtungen der Frau, die sich aus einem von ihr geschlossenen Schuldverhältnisse ergäben [8]), resp. beim Gerichtsvollzieher aus einem öffentlich-rechtlichen Verhältnisse. Aus einem solchen Rechtsverhältnisse hafte die Frau. Da aber nach dem BGB. eine allgemeine Haftung des Mannes für die Kontraktschulden der Ehefrau nicht gegeben sei, komme regelmäßig eine Pflicht des Mannes, die dem Anwalte oder Gerichtsvollzieher zustehenden Vorschüsse zu erbringen, nicht in Betracht [9]).

---

6) Klien a. a. O.

7) So Dengel a. a. O. S. 23 ff. im § 8.

8) Axhausen a. a. O. S. 383; Bürck, J.W. 00 S. 338; Schäfer, Hanseat.Ger.Bbl. 1900 S. 57; Staudinger, § 1387 3 b; OLG. Hamburg in Rspr. 24 S. 36—37 (zu § 1460).

9) Nicht unerwähnt soll auch die Rechtsfrage bleiben, die die Literatur, z. B. RGR.Kom. § 1387 6 a, noch erwähnt, wegen der in den Nachkriegsjahren von den Anwälten erhobenen Teurungszuschläge zu den Gebühren. Auch bezüglich dieser Summen war die Frage streitig, ob sie zu den Kosten gehörten. Vgl. KG. etc. in Respr. 41 S. 52 ff. Eine weitere Untersuchung erscheint

Diese letzte Ansicht findet mit Recht ihre Widerlegung in der Begründung der herrschenden Meinung, insbesondere in der Herausarbeitung des Gesichtspunktes, daß die Anwaltskosten zwar durch ein privatrechtliches Mandat resp. die Gerichtsvollzieherkosten durch Eingehen eines öffentlichrechtlichen Verhältnisses mit dem Gerichtsvollzieher entstehen [10]), daß sie aber durch den Prozeß bedingt sind. Um die Rechte, die sich aus ihrer Prozeßfähigkeit für die Ehefrau ergeben, voll wahrnehmen zu können, bedarf sie, insbesondere angesichts des Anwaltszwanges vor den höheren Gerichten und zu dem Zwecke, Zustellungen und Vollstreckungshandlungen durch den Gerichtsvollzieher vornehmen lassen zu können, dieser Mittel. Sowohl die Rechtsanwälte wie die Gerichtsvollzieher sind gesetzlich eingesetzte Glieder in dem staatlichen Rechtsschutzverfahren [11]). Es kann darum nicht zweifelhaft sein, daß die an diese Organe der Rechtspflege auf Grund der Gebührenordnungen zu zahlenden Kosten und -Vorschüsse durch den Prozeß bedingt und damit „Kosten des Rechtsstreites" sind [12]). Hierüber hinaus ist der Mann noch verpflichtet, gelegentlich auf Grund besonderer Abrede geschuldete Sonderhonorare resp. Sondervorschüsse zu erbringen, wenn dies zum sachdienlichen Prozeßbetriebe notwendig ist, z. B. also in den Fällen, wo an anderen Orten Termine wahrzunehmen sind. Der Umfang der Verpflichtung des Mannes dürfte sich in diesen Fällen nach billigem Ermessen bestimmen [13]).

---

nicht erforderlich, da diese Fragen heute nicht mehr akut sind. Erwähnt soll hier nur werden, daß die von den Anwälten abgewälzte Umsatzsteuer mit zu tragen sein dürfte, so auch Warneyer, § 1387 II und KG. J.W. 1921 S. 1608 sowie OLG. München J.W. 1921 S. 1608. Näheres findet sich hierzu in den dort veröffentlichten Bemerkungen.

10) RG. 82 85 ff.

11) Goldschmidt, § 41 6.

12) Vgl. Stein-Jonas vor § 91 I: Prozeßkosten sind die Aufwendungen der Parteien aus Anlaß und zum Zwecke der Prozeßführung, d. h. Zahlungen an das Gericht, den Anwalt, den Gerichtsvollzieher, sowie unmittelbare Ausgaben der Parteien durch Reisekosten.

13) OLG. Breslau J.W. 1926 S. 812.

Abgrenzende Beschränkungen ergeben sich aus dem immer wieder zu betonenden Gesichtspunkte, daß die Kosten- resp. Kostenvorschuß-Pflicht soweit sie besteht, geschaffen ist, um die Ehefrau durch Leistungen des Mannes von Prozeßkosten freizuhalten. Diese Formulierung ergibt, daß nur diejenigen Kosten resp. -Vorschüsse vom Manne verlangt werden können, deren Aufwendung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung geboten ist. Nur was dieses Maß nicht übersteigt, ist als geschuldet anzusehen [14]). Hierbei muß es gleichgültig bleiben, ob die Frau in der Absicht handelt, den Mann durch diese Kostenbelastung zu schädigen, oder ob sie ohne eine solche Absicht, lediglich zur vermeintlich besseren Wahrung ihrer Interessen unnütze Kostenvorschuß-Schulden erwachsen läßt. In diesem Sinne, d. h. ohne Prüfung der Absichtsfrage, entscheidet auch die Praxis [15]). Wenn in einem Falle, wo die Frau völlig unbegründet den Anwalt wechselte, wegen der hieraus entstehenden Mehrkosten keine Kostenvorschuß-Last [16]) des Mannes für begründet gehalten ist, so bedeutet das lediglich die Vermeidung von Unbilligkeiten, den aus dem Sinne des Gesetzes zu entnehmenden Schutz des Mannes vor unzweckmäßigen Willkürhandlungen der Frau. Die abweichende Ansicht [17]), daß der Begriff Kosten es nicht verlange, darauf zu sehen, ob ihre Aufwendung den Umständen nach geboten ist, und daß somit auch für die nicht zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten aufzukommen sei, kann nicht durchdringen. Aus der Ansicht, daß der Ehemann die Frau von Kosten und Kostenvorschüssen freizuhalten hat, dürfte sich hier eine Ablehnung ergeben. Wird doch eine genügende Freihaltung bewirkt, wenn der Mann wegen der überflüssigen Kosten nicht für verpflichtet gehalten wird.

Auch bezüglich der Fälligkeit, die ja für die praktische Handhabung der zur Rede stehenden Verpflichtung von größter Bedeutung ist, sind noch weitere Meinungsver-

14) Sydow-Busch-Krantz, § 627 5; OLG. Hamburg Rspr. 11 S. 96; OLG. Köln J.W. 1930 S. 729 Anm. 15.

15) RGR.Kom. § 1387 6 a.

16) Warneyer, § 1387 Anm. 25; KG. in J.W. 1916 S. 1220 Note 10.

17) Dengel a. a. O. § 8 S. 26.

schiedenheiten zu konstatieren. Während einerseits angenommen wird, daß die Verpflichtung des Mannes in jeweils angemessenen Teilen der Gerichts- und Anwaltskosten zu begleichen sei[18]), also immer nur in den gerade als Vorschüssen fälligen Teilbeträgen, wird andererseits die Auffassung vertreten, daß die Prozeßkostenvorschüsse selber gleich in ganzer Höhe gefordert werden könnten, um zu verhüten, daß um jeden Teilbetrag das Gericht angerufen werden müsse[19]). Aus der hier vertretenen Ansicht, daß die zur Rede stehende Verpflichtung des Mannes auf Freihaltung der Ehefrau von den notwendigen Kosten und -Vorschüssen geht, ergibt sich, daß der ersteren Ansicht zuzustimmen ist. Vom Manne kann jeweils nur soviel gefordert werden, wie die Frau zu erbringen hat, d. h. soviel, wie dazu nötig ist, um ihr Freisein zu bewirken. Es sind nicht nur die Kostenvorschüsse für die Einlegung eines Rechtsmittels, sondern auch in gewissem Umfange die Mittel für die Durchführung desselben sofort zu leisten[20]).

Dies Resultat entspricht auch vollständig den Verhältnissen des Lebens, da ja mit der Einleitung eines Prozesses noch nicht gesagt ist, daß er auch bis zur Urteilsfällung durchgeführt wird, mithin die endgültige Höhe der Prozeßkosten noch gar nicht feststeht. Für Erwägungen des Inhalts, das Gericht dürfe nicht zu häufig bemüht werden, läßt sich aus den Gesetzen keinerlei Anhalts- und Beweispunkt entnehmen. Sie dürften daher als unangebracht zurückzuweisen sein.

§ 9.
Einzelfragen.

Nunmehr ist auf die Frage, welche Vermögenswerte des Mannes für diese Verpflichtung haften, einzugehen. Einerseits wird behauptet, der Mann hafte in der Verwaltungsgemeinschaft für sie mit seinem ganzen Vermögen[1]). Dem-

18) Breme a. a. O. 2; Erler, § 45 24.
19) Sachs, J.W. 1921 S. 731.
20) So mit OLG. Colmar Rspr. 11 S. 95/96.
1) RGR.Kom. § 1387 1; Staudinger, § 1387 2; OLG. Hamburg Rspr. 38 253.

gegenüber wird die Ansicht vertreten [2]), der Mann hafte nur mit dem eingebrachten Gute. Diese letztere Auffassung steht mit dem Gesetze nicht im Einklang [3]). Der Mann haftet mit seinem ganzen Vermögen. Er haftet auch nicht mit einer Beschränkung auf die Einkünfte des eingebrachten Gutes [4]) resp. auf deren Wert, sondern seine Haftung für seine Verpflichtung, die ja lediglich auf seiner güterrechtlichen Stellung [5]) beruht, ist eine unbeschränkte. Zwar dürfte der Gesetzgeber davon ausgegangen sein, daß ihm diese Stellung normalerweise auch Einkünfte verschafft, aber nichts läßt darauf schließen, daß diese evtl. möglichen Einkünfte in irgendeiner Wechselbeziehung zu jener güterrechtlichen Verpflichtung stehen. Wie oben [6]) ausgeführt ist, handelt es sich hier um eine einseitige Belastung des Mannes und seiner Mittel, die unabhängig davon ist, ob im einzelnen Falle die Frau eingebrachtes Gut hat, ob aus diesem Früchte gezogen sind, ob sie in das Vermögen des Mannes gelangt sind, und ob sie noch vorhanden sind.

Zu prüfen ist weiter, in welchem Verhältnisse diese Verpflichtung und der so geschaffene Anspruch zu den übrigen resp. zu sonstigen Ansprüchen steht, insbesondere ob er bei evtl. staatlichen Vollstreckungshandlungen im Verhältnis zu anderen Ansprüchen irgendeine besondere, vielleicht eine bevorzugte Stellung einnimmt.

Eine Bevorzugung vor nicht qualifizierten Ansprüchen erfährt die hier zur Rede stehende Verpflichtung zum Schutze der Frau und ihrer Gläubiger in dem § 861 Satz 2 ZPO., der bestimmt, daß die bei der Verwaltungsgemeinschaft vom Manne gezogenen Früchte bei dem Manne soweit der Pfän-

---

2) Müller a. a. O.; OLG. Jena Seuff.Arch. 56 Nr. 29; OLG. Naumburg Rspr. 1 S. 269/270.

3) RGR.Kom. § 1387 6 a.

4) So auch RGR.Kom. § 1387 6 a. Eine auf solche Beschränkung des Ehemannes hinzielende Bestimmung des Entw. I ist bei der zweiten Lesung nach eingehender Würdigung gestrichen worden. Prot. VI S. 274. Die gegenteilige Ansicht des LG. Dessau — vgl. § 6 Anm. 50 — steht, wie dort schon ausgeführt, mit dem Gesetze nicht im Einklang.

5) Planck, § 1387 I 1.

6) § 6 Text zur Anm. 49.

dung nicht unterliegen, als sie zur Erfüllung der Pflichten aus § 1384—87 nötig sind. Da nun oben gezeigt ist, daß die Kostenvorschuß-Pflicht sich aus § 1387 ergibt, ist aus dieser Bestimmung jene behauptete, als Schutzmaßregel zu verstehende, Bevorzugung zu ersehen.

Aber auch bezüglich des Anspruches der Frau gegen den Mann wird behauptet, er sei unpfändbar. Den Vertretern der Unterhaltstheorien wird dies zu begründen nicht schwer. Für sie genügt ein Hinweis auf § 850 Nr. 2 ZPO. Allein, da bereits festgestellt ist, daß der hier behandelte Anspruch nicht aus der Unterhaltspflicht erwachsen ist, kann hier die Unpfändbarkeit nicht aus jenem Gesichtspunkte hergeleitet werden. Hier bedarf es anderer Argumente: Man versucht[7]), wie folgt, eine Begründung zu geben: Wenn auch die Unterhaltstheorien abzulehnen seien, so sei doch sinnentsprechend eine gewisse Ähnlichkeit mit der Unterhaltspflicht gegeben. Diese rechtfertige eine analoge Anwendung des aus § 850 Abs. 2 sprechenden Unpfändbarkeitsprinzips auch auf die aus der Kostenvorschuß-Pflicht erwachsenen Ansprüche. Allein auch diese Ansicht stellt für die behaupteten Pfändungsbeschränkungen keine einwandfreie Begründung dar. Es erscheint äußerst bedenklich, nach der ausdrücklichen Ablehnung des Unterhaltsgedankens doch noch in einem Analogieschlusse auf ihn zurückzukommen. Abzulehnen ist auch die Ansicht[8]), daß sich daraus, daß die zu bewirkende Leistung durch eine einstweilige Verfügung angeordnet wird, also aus einem prozessualen Grunde, ihre Zweckbestimmung ergebe, und daß aus der so ersichtlich gewordenen Zweckbestimmung der Ausschluß der Pfändbarkeit zu entnehmen sei. Diese Auffassung übersieht die hier als wichtig und ausschlaggebend erkannten materiell-rechtlichen Gesichtspunkte.

Die richtige Begründung dürfte vielmehr in folgendem liegen: Nach § 851 I ZPO. ist — in Ermangelung besonderer Vorschriften — eine Forderung der Pfändung nur insoweit unterworfen, als sie übertragbar ist. Nach § 399 BGB. ist eine Forderung nun aber nicht übertragbar, wenn die Leistung

---

7) OLG. Hamburg in Seuff.Arch. 72 Nr. 78; RGR.Kom. § 1387 6a; Warneyer, 1387 II Anm. 26.

8) Stein-Jonas, § 851 II.

an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann. Daß es sich hier um eine solche Verpflichtung handelt, erhellt schon aus der immer wieder betonten Zweckgebundenheit der zu bewirkenden Leistung[9]), nämlich die Frau von Kostenvorschußschulden freizuhalten[10]), aus dem besonderen bestehenden Verhältnis, sowie aus dem Umstande, daß das Maß der Leistung von dem Bedürfnis der Gläubigerin abhängig ist[11]). Bei dieser Zweckgebundenheit würde jede Abtretung mit Ausnahme einer solchen an die Vorschußgläubiger, die ja schon gemäß § 1388 BGB. Gläubiger des Mannes sind, und zu deren alleiniger Befriedigung der Anspruch geschaffen ist, eine Veränderung des Leistungsinhalts bedeuten. Mit diesem Nachweis, daß gemäß § 399 mit Ausnahme einer Abtretung an die Kostenvorschußgläubiger die Unabtretbarkeit dieses Anspruches gegeben ist, ist auch der Beweis für die Unpfändbarkeit — gleichen Umfangs — gegeben, eben durch die Bestimmung des § 851 I ZPO.[12]).

§ 851 Abs. II kann aus folgendem Grunde hier keine Anwendung finden: Es wird gar kein Gegenstand geschuldet, sondern eine Erfolgsbewirkung. Der Mann ist zu einem Zweckhandeln verpflichtet. Er muß den Erfolg des Kostenlast-Freiseins der Ehefrau bewirken. Mit welchen Mitteln und auf welche Weise dies erfolgt, erscheint gleichgültig. Da eine solche Schuldbefreiungsverpflichtung aber kein pfändbares Objekt, keinen pfändbaren Gegenstand, darstellt[13]), ist ein Fall des § 851 Abs. 2 ZPO. hier nicht gegeben. Es

---

9) Müller a.a.O. II; Stein-Jonas, § 851 II.

10) KG. Rspr. 41 51.

11) Planck-Siber, II 1 § 399 1; OLG. Naumburg J.W. 1918 S. 573 Note 11.

12) Ein Eingehen darauf, daß es sich um eine solche beschränkte Unpfändbarkeit handelt, und nicht um eine absolute — vgl. Reichel a.a.O. — dürfte sich, da diese Frage kaum praktische Bedeutung haben dürfte, erübrigen; wie hier: Förster-Kann, § 851 3b; Sydow-Busch-Krantz, § 851 2 und OLG. Naumburg J.W. 1918 S. 573.

13) Reichel a.a.O.; Rosenberg, § 194 III 4 sagt, hiermit im Sinne übereinstimmend: „Der Anspruch auf Befreiung von einer Schuld ist keine Geldforderung."

bleibt also bei der beschränkten Pfändbarkeit gemäß § 851 Abs. 1 ZPO.

Nunmehr ist auch noch die Frage, ob und inwieweit der zur Rede stehende Anspruch der Aufrechnung unterliegt, oder ob hier Aufrechnungshindernisse festzustellen sind, zu untersuchen. In Wissenschaft und Praxis wird hierzu die einem dringenden Bedürfnisse entsprechende Auffassung, daß die Aufrechnung mit Beträgen, die auf Grund der Kostenvorschuß-Pflicht zu leisten sind, nicht möglich sei, vielfach vertreten. Betreffs der Begründung gehen jedoch die verschiedenen Ansichten lebhaft auseinander. Einerseits [14]) wird aus der dargelegten Unpfändbarkeit [15]) der Ausschluß der Aufrechnung gemäß § 394 BGB. gefolgert. Andererseits [16]) wird mit dem Zwecke, zu dem die Leistung erfolgt, die Unzulässigkeit der Aufrechnung begründet. Drittens [17]) wird betont, die „Kostenvorschußpflicht" sei keine einfache Geldschuld des Mannes, wie regelmäßig die der Frau, gegen die aufgerechnet werden soll, gehe sie doch dahin, die Frau von der Kostenschuld freizuhalten. Stehe aber eine solche Schuld einer einfachen Geldschuld gegenüber, so mangele es an der Gleichartigkeit. Da diese aber nach § 387 BGB. Voraussetzung der Aufrechnung sei, ergebe sich hier mit dieser Feststellung der Ausschluß der Aufrechnung. Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Aus der Feststellung [18]), daß der Anspruch der Frau gegen den Mann auf eine Erfolgsbewirkung gerichtet

---

14) RGR.Kom. § 1387 6a; Warneyer, § 1387 II; OLG. Hamburg Seuff.A. 72 Nr. 78 = Rspr. 34 252.

15) OLG. Hamburg mit seiner Begr. — vgl. oben Text zur Anm. 6.

16) OLG. Naumburg Rspr. 29 S. 274. Hier wird auch noch betont, daß insbesondere, wenn die Zahlung durch einstweilige Verfügung aufgegeben ist, keine Aufrechnung stattfindet, da dies durch die rechtliche Natur der einstweiligen Verfügung ausgeschlossen sei. Nach § 938 ZPO. habe das Gericht das Erforderliche zu bestimmen. Wenn es eine Zahlung anordne, müsse, damit ihr Zweck erreicht werde, die Aufrechnung gegen sie für ausgeschlossen gehalten werden.

17) OLG. Stettin Rspr. 40 S. 70/71; KG. Rspr. 41 S. 50/51; zustimmend: Achilles, § 1387.

18) § 6, insbes. Text zur Anm. 23.

ist, ergibt sich hier, wo der Anspruch des Mannes regelmäßig auf eine Geldleistung gehen dürfte, daß zwischen den beiden Parteien keine gleichartigen Ansprüche bestehen. Da somit die Voraussetzungen des § 387 nicht gegeben sind, ist eine Aufrechnung wegen dieser Ansprüche nicht möglich. Es besteht somit ein zweiseitiger Ausschluß der Aufrechnung [19]). Diese Rechtslage erleidet jedoch eine Veränderung, wenn sich der Anspruch der Frau in einen reinen Zahlungsanspruch umsetzt [20]), z. B. bei der Abtretung an den Anwalt [21]); nunmehr mangelt es nicht mehr an dem Erfordernis der Gleichartigkeit.

§ 10.

Kostenvorschuß-Pflicht und Armenrecht.

Nach diesen bisherigen rein zivilrechtlichen Ausführungen über die Kostenvorschuß-Pflicht vernotwendigt sich nunmehr eine gegenüberstellende Betrachtung dieser familienrechtlichen Verpflichtung, die geschaffen ist, um der Ehefrau durch Leistungen des Mannes die Führung eines Rechtsstreites zu ermöglichen, mit den entsprechenden Bestimmungen des Prozeßrechts, die ihrerseits bestimmt sind, eine unvermögende Partei in die Lage zu versetzen, im Prozeßwege ihre Rechtsansprüche zu verfolgen. Die Zivilprozeßordnung enthält hierfür die Bestimmungen über Armenrecht, ZPO. §§ 114—127. Da dieses Rechtsinstitut nur als ein letztes Hilfsmittel anzusehen ist [1]), darf in der Verwaltungsgemeinschaft die Ehefrau nicht auf dieses Mittel zur Ermöglichung der Prozeß-

---

19) Wegen dieses weiteren Ausschlusses der Aufrechnung dürfte es sich empfehlen, auf diese Begründung zurückzugreifen, bewirkt doch § 394 — vgl. oben Text zur Anm. 15 — nur den einseitigen Ausschluß der Aufrechnung gegen den Anspruch der Frau.

20) Stein-Jonas, § 851 III; RG. 70 257—263 und RG. 81 250—254.

21) Über die Zulässigkeit vgl. oben Text zu Anm. 9—12. Stein-Jonas, § 851 III.

1) OLG. Hamburg in Seuff.Arch. 58 S. 457 spricht richtig von der „subsidiären Natur" des Armenrechts.

führung hin verwiesen werden[2]). Im einzelnen bestehen etliche Streitfragen, die im folgenden zu untersuchen sind, insbesondere ist darauf einzugehen, ob die Bewilligung des Armenrechts an den Mann oder an die Frau einen Einfluß auf Bestehen und Umfang jener privatrechtlichen Verpflichtung haben.

Zunächst wird der Fall untersucht, daß dem Ehemanne das Armenrecht bewilligt ist. Diese Tatsache hat nach der in Wissenschaft[3]) und Praxis[4]) herrschenden Ansicht auf seine materiell-rechtliche Verpflichtung, die Frau von Kostenvorschüssen freizuhalten, keinen Einfluß. Ihr aus dem ehelichen Güterrechte entsprungener Anspruch erleidet keine Veränderung. Zur Begründung dieser Ansicht wird angeführt[5]), der Anspruch der Frau sei weder Unterhaltsanspruch mit der Folge, daß diese Verpflichtung den eigenen notwendigen Unterhalt des Verpflichteten nicht schmälern dürfe, noch Prozeßkostenanspruch, d. h. Anspruch auf Grund der Prozeßkostengesetze, sondern vielmehr eine kraft Gesetzes bestehende güterrechtliche Schuld. Bei dieser Erkenntnis könne die Bewilligung des

---

2) Achilles, § 1387; Fischer-Henle, § 1387; Freudenthal-Sauerländer, § 114 1; Klien a.a.O. S. 426; Neumann, § 1387 A III 2b β; RGR.Kom. § 1387 6b; Warneyer, § 1387 III; RG. J.W. 06 S. 356; RG. J.W. 06 S. 560, = Gruchot 51 S. 385; RG.Warn. 09 S. 238; KG. in Rspr. 30 44; KG. in Rspr. 4 85; OLG. Braunschweig in Rspr. 40 70; OLG. Hamburg in Rspr. 12 313; OLG. Naumburg in Rspr. 26 220.

3) Achilles, § 1387; Endemann, § 176 Anm. 61; Förster-Kann vor § 606 3b; Lilienthal-Goldmann, § 21 9 Anm. 29; Meisner, § 1387 3; Neumann, § 1387 Anm. A III 2b β; Planck, § 1387 I 7; RGR.Kom. § 1387 6b; Rosenthal, § 1387; Seuffert vor § 91 6a; Sydow-Busch-Krantz, § 114 2; Warneyer, § 1387 II.

4) RG. J.W. 1906 S. 560 = Gruchot 51 385, Seuff.Arch. 62 Nr. 28 S. 44; RG. J.W. 06 S. 356; KG. Rspr. 30 S. 44; KG. in Seuff.Arch. 57 Nr. 81 S. 144, = Rspr. 4 84--85; OLG. Braunschweig in Rspr. 27 S. 54 Anm. 1; OLG. Celle in Rspr. 16 S. 211; OLG. Hamburg Seuff.Arch. 58 Nr. 239 S. 458; OLG. Karlsruhe J.W. 1919 S. 1001; OLG. Naumburg Recht 7 S. 80; OLG. Rostock Meckl.Zeitschr. 1916 S. 214.

5) Insbesondere von den in Anm. 4 aufgeführten.

Armenrechts auf den Anspruch der Frau keinen Einfluß haben; das BGB. sehe an den Stellen, wo es bei den einzelnen Güterständen, insbesondere bei der hier zur Untersuchung stehenden Verwaltungsgemeinschaft diese Pflicht festsetzt, das Entfallen im Falle der Armenrechtsbewilligung gar nicht vor, ebensowenig sei solches aus § 115 ZPO. zu ersehen. Der Mann sei also auch in dem Falle, wo ihm das Armenrecht bewilligt sei, zur Erbringung der Kostenvorschüsse verpflichtet. Die Verweisung auf das Armenrecht verbiete sich weiter [6]) aus dem Gesichtspunkte, daß durch die Armenrechtsbewilligung nur eine einstweilige Befreiung [7]), eine Stundung der Prozeßkosten erreicht werde, während die Ehefrau mit den von ihrem Gatten zu erbringenden Beträgen ihre Gläubiger endgültig befriedigen und sich durch Tilgung ihrer Kostenschulden ihnen gegenüber endgültig befreien könne. Ein Verzicht auf dieses Recht bedeute eine Verschlechterung der Rechtslage, vor allem auch deswegen, weil die im Armenrechte klagende Ehefrau den Prozeßbevollmächtigten nicht frei wählen könne. Einen solchen Verzicht ihr zuzumuten, käme schon aus Billigkeitsgründen nicht in Frage.

Gegen diese herrschende Lehre wird folgendes behauptet [8]): Wenn dem Manne das Armenrecht bewilligt sei, so spreche eine Vermutung dafür, daß er auch zur Bezahlung des Kostenvorschusses für die Frau nicht imstande sei, und daß daher die Frau beim Antrage auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung glaubhaft zu machen habe, daß der Mann trotzdem in der Lage sei, den Vorschuß für sie zu bezahlen.

Mit diesen Ausführungen kann jedoch die herrschende Lehre nicht widerlegt werden. Sie lassen sich vielmehr unschwer zurückweisen durch eine kurze Betrachtung über das Rechtsinstitut der Vermutung. Eine Vermutung ist eine Gesetzesvorschrift, die bestimmt, daß beim Vorliegen eines Tatbestandes eine Tatsache oder ein Recht bis zum Beweise des Gegenteils als vorhanden anzusehen ist. Eine solche Rechtsvorschrift sucht man aber vergebens. Da sie nirgends gegeben

---

6) Oben Text zur Anm. 2.
7) §§ 115 Nr. 1 und 125 ZPO.
8) Lilienthal-Goldmann, § 21 9 Anm. 29.

ist, muß diese Ansicht einschließlich ihrer Folgerungen als dem Gesetze nicht entsprechend abgelehnt werden.

Aber auch ein weiterer Angriff gegen die herrschende Lehre kann deren Anschauungen nicht erschüttern.

Für den Fall, daß der Frau das Armenrecht bewilligt ist, wird die Kostenvorschuß-Pflicht des Ehemannes mit folgender Begründung bestritten [9]): Es handle sich hier nicht um eine Verpflichtung des Mannes, sondern darum, daß diese aus dem Vermögen der Ehefrau, das er in Händen habe, einen Vorschuß — evtl. Ausgleich vorbehalten — zu zahlen habe. Diese Ansicht führe aber, da für die Frau die Armenrechtsbewilligung den Haftungsausschluß ihrer Vermögensstücke bedeute, dazu, daß auch von dem Manne, der diese in Händen habe, keine Leistung aus ihnen verlangt werden könne.

Diese Ansicht wird der wahren Sachlage nicht gerecht. Wie oben [10]) ausgeführt ist, schuldet der Mann nicht eine Leistung aus dem Vermögen seiner Ehefrau, sondern er ist verpflichtet, aus seinem eigenen Vermögen die Kostenvorschüsse zu erbringen.

Wenn endlich noch ohne jede Begründung [11]) behauptet wird, daß der an und für sich „vorschußpflichtige" Ehemann und Prozeßgegner, wenn ihr das Armenrecht bewilligt sei, von der „Vorschußpflicht" befreit sei, so kann auch hieraus keinerlei Grund dafür entnommen werden, daß er, wenn ihm für seine Person das Armenrecht bewilligt ist, von der Kostenvorschuß-Pflicht frei wird [12]).

Ist somit der herrschenden Lehre in Ansehung der rechtlichen Auffassung von der Bedeutung der Armenrechtsbewilligung an den Mann zugestimmt, so ist auch weiter der von einigen ihrer Vertreter [13]) behaupteten Möglichkeit, diese in tatsächlicher Hinsicht zu würdigen, beizupflichten. Die Tatsache der Bewilligung des Armenrechts könne gelegent-

---

9) OLG. Hamburg in Seuff.Arch. Bd. 59 Nr. 36 S. 67.

10) § 6 im Text zu Anm. 49 und § 9 Text zur Anm. 4.

11) Freudenthal-Sauerländer, § 114 1.

12) Vgl. insbesondere im Text zu Anm. 4 und 5.

13) u. a. RG. J.W. 06 S. 560; OLG. Braunschweig in Rspr. 27 S. 54 Anm.; OLG. Rostock in Meckl.Zeitschr. 1916 S. 224.

lich einen gewissen Anhaltspunkt für die völlige oder teilweise Zahlungsunfähigkeit des Ehemannes bieten, aber generell könne diese Folgerung nicht gezogen werden, da die Voraussetzung der Armenrechtsbewilligung nicht Mittellosigkeit sei, und da über diese häufig erst in der Zwangsvollstreckung Aufschluß erlangt werde. Wenn also besondere Umstände es rechtfertigen, so dürfte aus der Bewilligung des Armenrechts an den Ehemann seine Mittellosigkeit entnommen werden, eine Tatsache also; eine den Mann befreiende Rechtsfolge liege in ihr jedoch nicht.

Wenn nun endlich noch gesagt ist[14]), die Frau, die im Armenrechte klagen wolle, müsse sich auch ein Armenrechtszeugnis für den Mann beschaffen, so sind das Ausführungen, die vom Standpunkte der hier vertretenen Auffassung als rechtlich nicht haltbar erscheinen. Sie sind unbegründet.

Wird durch die Armenrechtsbewilligung an den Mann noch nichts an seiner Verpflichtung geändert und auch keine Vermutung für seine Zahlungsunfähigkeit begründet, so kann durch die bloße Vorlage eines Armenzeugnisses solches erst recht nicht geschehen.

Es bleiben nunmehr die Kostenvorschuß-Pflicht des Ehemannes und die Armenrechtsbewilligung an die Ehefrau in ihren wechselseitigen Beziehungen zu untersuchen.

Zunächst ist die Frage zu klären, wann einer Ehefrau das Armenrecht, d. h. die einstweilige Befreiung von der Zahlung rückständiger und künftig entstehender Gerichtskosten — in weiterem Sinne — bewilligt werden kann. Die Voraussetzungen der Armenrechtsbewilligung ergeben sich aus ihrem Zwecke, dient sie doch dazu, einer armen Partei, d. h. einer Partei, die nicht in der Lage ist, ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie notwendigen Unterhalts die Kosten eines Rechtsstreites zu bestreiten, die Führung eines Prozesses zu ermöglichen, ohne daß deshalb ihr oder ihrer Familie Unterhalt gefährdet wird. Es wird also als Voraussetzung für die Armenrechtsbewilligung — in dem beschriebenen Umfange — Bedürftigkeit[15]) gefordert. Ein solches Unvermögen, die Prozeßkosten ohne Gefährdung des

14) Marie Munck, § 13 S. 42.
15) Stein-Jonas, § 114 I spricht von „Armut".

notwendigen Unterhalts zu erbringen, kann aber solange nicht als vorliegend angesehen werden, wie die Partei, die im Armenrecht streiten will, noch von dritten Personen die Tragung der Prozeßkosten und Kostenvorschüsse verlangen kann, insbesondere ist diese Voraussetzung bei der im gesetzlichen Güterstande lebenden Ehefrau nicht gegeben [16] [17]. Eine Bewilligung des Armenrechts an sie kann also nur erfolgen, wenn es ersichtlich ist, daß sie von ihrem Ehemann die Befreiung von den fälligen Kosten resp. Kostenvorschüssen nicht zu erlangen vermag [18].

Bezüglich des Ersichtlichwerdens besteht nun ein Streit. Einerseits [19] wird die Ansicht vertreten, zur Feststellung der Bedürftigkeit genüge es, wenn abgesehen von der sonstigen Armut wegen der Kostenvorschuß-Pflicht des Ehemannes mittels einer Aufforderung versucht sei, die nötigen Kostenvorschüsse zu erlangen. Wenn dieser Versuch dann erfolglos ausgelaufen sei, so sei diese Voraussetzung der Armenrechtsbewilligung gegeben. Dies wird von einer anderen Ansicht bestritten [20]. Sie läßt eine einfache Aufforderung hier nicht genügen. Der aus § 1387 BGB. er-

---

16) Baumbach, ZPO. § 114; Breme a. a. O. 2; Endemann, § 176 Anm. 61; Förster-Kann, § 114 2a aa; Freudenthal-Sauerländer, § 114 1; Lilienthal-Goldmann, § 21 9 Anm. 29; Planck, § 1387 I 7; RGR.Kom. § 1387 6b; Sydow-Busch-Krantz, § 114 2; Stein-Jonas, § 114 I 1; Wolff a. a. O. S. 77; RG. J.W. 06 356, 06 560; RG. Warn. 09 S. 238; OLG. Breslau Rspr. 1 S. 56, Rspr. 5 S. 472/73, Rspr. 21 S. 221; OLG. Braunschweig Rspr. 40 S. 70; OLG. Darmstadt Rspr. 41 S. 50; OLG. Hamburg Rspr. 12 S. 313—14; OLG. Rostock Rspr. 11 S. 95.

17) Vgl. aber auch: OLG. München Rspr. 25 S. 82.

18) Mit diesen Ausführungen steht sinngemäß in Einklang die Ansicht des OLG. Hamburg Rspr. 12 S. 314, daß das Armenrecht zu entziehen ist, gemäß § 121 ZPO., sobald von dem Manne die Kostenvorschüsse zu erlangen sind, da von diesem Zeitpunkte an eine Bedürftigkeit der Ehefrau als Voraussetzung für die Armenrechtsbewilligung nicht mehr vorhanden ist.

19) Förster-Kann, § 114 2a aa.

20) RG. Warn. 09 S. 261.

wachsene Anspruch müsse gerichtlich[21])[22]) geltend gemacht werden. Erst wenn ein solcher Versuch fruchtlos verlaufen sei, könne man — in dieser Hinsicht — bei einer Ehefrau die Voraussetzungen für eine Armenrechtsbewilligung für gegeben ansehen.

Diese letztere Ansicht herrscht in der Praxis. Ihr dürfte zuzustimmen sein, und zwar vor allem aus dem Grunde, daß im Gesetze keinerlei Anhaltspunkt dafür gegeben ist, daß die Ehefrau einer gerichtlichen Geltendmachung ihrer Ansprüche enthoben sein soll[23]).

Hier ist nun der Fall zu erörtern, daß dem Manne das Armenrecht bewilligt ist, und daß nunmehr auch die Frau hierum bittet. Hierzu wird ausgeführt[24]), angesichts der Bewilligung des Armenrechts an den Mann brauche die Frau in diesem Falle nicht noch erst gerichtlich[25]) wegen der Kostenvorschüsse gegen ihren Gatten vorzugehen. Die Sache der Frau sei besser vertreten, wenn ihr in diesem Falle das Armenrecht sogleich bewilligt werde unter der Voraussetzung, daß ihre Rechtsverfolgung nicht mutwillig oder aussichtslos sei. Aus dem sozialpolitischen Gedanken der Rechtswohltat des Armenrechts rechtfertige es sich mit Notwendigkeit, die Befreiung des im Armenrecht streitenden Ehemannes auch von seiner „Vorschußpflicht" gegenüber der Frau anzunehmen. Dieser Ansicht ist jedoch nicht zuzustimmen, da, wie schon betont[26]), die Voraussetzung der Armenrechtsbewilligung nicht Mittellosigkeit ist. Es bleibt auch hier bei dem obigen Ergebnis. Bis zur Durchführung eines Zwangsvoll-

---

21) Nur dies ist aus den Ausführungen der unter 18 genannten zu entnehmen, insbesondere, da die gerichtliche Geltendmachung die allgemein für Ansprüche aus dem materiellen Rechte vorgeschriebene ist.

22) Verlangt wird die Geltendmachung mittels einer einstweiligen Verfügung: Hierüber folgt näheres unten in den §§ 11—13, vgl. hierzu auch: Förster-Kann vor § 606 3c aa.

23) Vgl. Anm. 21.

24) Oppler a.a.O.; Skonietzky-Gelpke, § 114, 2; OLG. Hamburg in Seuff.Arch. 59 Nr. 67.

25) Insbesondere mit den Mitteln der Zwangsvollstreckung.

26) Oben im Text zur Anm. 13.

streckungsverfahrens, in dem erst ersichtlich wird, ob der Mann in der Lage ist, seiner Kostenvorschuß-Pflicht nachzukommen, ist daher auch hier die Ehefrau regelmäßig nicht als arm anzusehen. Der Hinweis auf das Armenrecht des Mannes ergibt noch nicht seine Befreiung von der Kostenvorschuß-Pflicht und ist mit ihm noch kein Beweis für die Frau, daß sie aus dieser Quelle nicht noch die Kostenvorschüsse herbeischaffen kann, erbracht[27]). Daß sie in gewissem Umfange in tatsächlicher Beziehung eine Wertung erfahren kann, ist in anderem Zusammenhange oben[28]) schon ausgeführt.

Nach dieser Betrachtung der Voraussetzungen einer Armenrechtsbewilligung an die Ehefrau ist nunmehr die Kernfrage zu untersuchen, welche Folgen die Armenrechtsbewilligung an die Ehefrau in Bezug auf die Kostenvorschuß-Pflicht des Ehemannes hat. Eine weit verbreitete und als herrschend bezeichnete[29]) Lehre bejaht auch für diesen Fall die Kostenvorschuß-Pflicht des Ehemannes gegenüber seiner Gattin. Zur Begründung bedient sie sich folgender Argumente[30]).

Die mit der Armenrechtsbewilligung eingetretene vorläufige Befreiung von der Kostenpflicht bedeute für die Frau kein Überflüssigwerden der Leistungen, zu denen der Mann verpflichtet sei. Da sie dem Zugriffe ihrer Kostengläubiger weiter ausgesetzt bleibe, der ihr dauernd für den Augenblick drohe, indem sie über mehr als über die zum Unterhalte erforderlichen Mittel verfüge, habe sie an einer Leistung des Mannes das größte Interesse. Würden doch durch eine solche die Kostengläubiger endgültig befriedigt, und habe doch die Frau die Möglichkeit, einen Anwalt eigener Wahl zu neh-

---

27) Planck, § 1387 I 7; RG. J.W. 06 S. 560; KG. Seuff. Arch. 57 S. 145 = Rspr. 4 S. 84/85; Petersen, §§627 2; Wolff in Recht a. a. O.

28) Oben im Text zur Anm. 13.

29) Staudinger, § 1387 3g.

30) Meisner, § 1387 3; Seuffert vor § 91 6a; OLG. Hamburg Rspr. 30 S. 45; OLG. Hamburg Seuff.Arch. 58 Nr. 239 S. 459; OLG. Hamburg Seuff.Arch. 62 Nr. 620 I S. 40, = Rspr. 12 S. 313/14.

men[31]). Ueberdies drohe ihr die Entziehung des Armenrechts, wenn ihre Armut behoben werde; dies trete in den zur Rede stehenden Fällen schon dann ein, wenn sie einen aussichtsreichen Anspruch gegen ihren Mann auf Erbringung der Kostenvorschüsse habe[32]). Somit sei aus der Tatsache, daß die Ehefrau das Armenrecht bewilligt erhalten habe, keine Befreiung des Mannes von der Verpflichtung, die Kostenvorschüsse zu erbringen, herzuleiten.

Hiergegen wird behauptet, wenn der Frau das Armenrecht bewilligt sei, habe sie keinen Anspruch auf die Kostenvorschüsse[33]). Zum Beweise wird angeführt[34]):

Wenn der Mann weiter verpflichtet sein solle, trotz der Bewilligung des Armenrechts an die Frau, so müsse man dazu kommen, daß im Streite der Eheleute miteinander mit der Rechtskraft des Urteils der Mann gegen die Frau Erstattungsansprüche geltend machen könne — § 1416 Abs. 1 —, für die das eingebrachte Gut hafte. Bei der Armenrechtsbewilligung habe man manche zum Vorbehaltsgute gehörenden Stücke außer Betracht lassen können. Diese verfielen nun dem Zugriffe des Mannes. Hierdurch würde die Armenrechtsbewilligung in ihrem Erfolge wieder hinfällig. Aus diesem Grunde sei anzunehmen, daß die sonst bestehende „Kostenvorschußpflicht" des Ehemannes während der Zeit, in der die Frau das Armenrecht genießt, ruhe[35]), resp. um soviel

---

31) Klien a. a. O. S. 426; RGR.Kom. § 1387 6 b; RG. in J.W. 06 S. 356; RG. Seuff.Arch. 62 Nr. 27 I.

32) RG. Seuff.Arch. 62 Nr. 27.

33) Planck, § 1387 I 7; OLG. Breslau Rspr. 21 S. 221.

34) OLG. München Rspr. 26 S. 220—223.

35) Im Resultat übereinstimmend: RG. 37 370—71 für das Preuß. Recht vor 1900; RGR.Kom. § 1387 6 b; Kohler, § 35 III 1 b β Anm. 2, dieser sagt: Hat die Frau das Armenrecht, so bedarf sie des Kostenvorschusses nicht und kann ihn auch nicht verlangen; OLG. Hamburg in Rspr. 25 S. 288 sowie die oben in Anm. 31 zitierten. Staudinger, § 1387 3 g — jedoch wird hier die „Kostenvorschußpflicht" ja überhaupt geleugnet. Die von diesem Schriftsteller hier genannten Entscheidungen passen zum größten Teile nicht hierher, da sie Bezug darauf nehmen, daß das Bedürfnis nach einer einstweiligen Verfügung nicht bestehe. So: OLG. Dresden in Seuff.Arch. 63 Nr. 236 mit Hinweis auf

geringer werde, wie die Frau weniger Prozeßkosten aufzuwenden habe. Andererseits[36]) wird unter Anwendung des § 420 BGB. auf das öffentlich-rechtliche Prozeßverhältnis argumentiert, die gesamtschuldnerische Haftung des Mannes könne nicht weiter gehen, als die der Frau, auch er könne sich demgemäß auf die ihr nach § 115 ZPO. gewährte vorläufige Nichtverpflichtung berufen. Weiter wird gesagt[37]), für die Frau bestehe kein dringendes Bedürfnis, schon jetzt von ihrer nur bedingten Kostenschuld endgültig befreit zu werden; ihre einstweilige Befreiung genüge ihren Interessen. Außerdem sei sie — der Staatskasse — nur ersatzpflichtig, falls die Kosten des Armenanwalts nicht vom erstattungspflichtigen Gegner beigetrieben werden könnten. Auch durch diese Argumentationen kann die herrschende Lehre nicht als widerlegt erscheinen. Das Interesse der Frau, sich der Kostenschulden zu entledigen, überwindet alle Bedenken, vor allem da auch für diesen Fall das materielle Recht keine Ausnahme von der Verpflichtung des Mannes, die Prozeßkostenvorschüsse zu erbringen, kennt. Vom Ruhen der Kostenvorschuß-Pflicht ist im BGB. nirgends, auch nicht dem Sinne nach, die Rede. Sie besteht also auch, wenn der Frau das Armenrecht bewilligt ist[38]). Abzulehnen dürfte endlich die erwähnte Anwendung des § 420 BGB. auf den hier zur Rede stehenden Sachverhalt sein. Eine richtige Würdigung von Kostenvorschuß-Pflicht und Armenrecht

---

RG. in J.W. 03 S. 98; OLG. Hamburg Rspr. 14 S. 223; OLG. Celle Rspr. 16 S. 210—11 mit Hinweis auf OLG. Hamburg in Seuff.Arch. 62 Nr. 26 II. Derselbe Fehler findet sich: in RGR.Kom. § 1387 6 b wegen: OLG. Naumburg Rspr. 26 S. 220 und OLG. Darmstadt Rspr. 41 S. 50 und bei Planck, § 1387 I 7 wegen KG.Rspr. 37 S. 192 und wegen RG. J.W. 03 S. 98.

36) OLG. Hamburg in Rspr. 32 S. 7/8. Zwar spricht diese Entscheidung vom Güterstande der allg. Gütergemeinschaft, doch sind dieselben Gesichtspunkte auch bei der Verwaltungsgemeinschaft möglich.

37) OLG. Braunschweig in Rspr. 42 S. 119 zitiert von Achilles, § 1387.

38) Diese Feststellung dürfte nicht ohne Bedeutung für die Praxis sein, insbesondere erscheint sie als wichtig in Verbindung mit dem im Texte zu § 11 Anm. 2 und 4 Gesagten.

in ihrem Verhältnisse zu einander muß vielmehr zu folgendem Resultat kommen. Die Armenrechtsbewilligung bewirkt nicht ein Kleinerwerden, Wegfallen oder Ruhen der Kostenvorschuß-Pflicht, sondern, sobald bei Vorliegen einer solchen es aussichtsreich erscheint, von dem Manne Kostenvorschüsse beizutreiben, ist aus diesem Grunde der Frau das Armenrecht zu entziehen, da seine Voraussetzungen, Unvermögen der Frau für Gerichtskosten resp. -Vorschüsse aufzukommen, nicht gegeben sind.

§ 11.

Allgemeines zur Kostenvorschuß-Pflicht in prozessualer Hinsicht.

Der in den vorhergehenden Abschnitten untersuchte Anspruch der Frau unterliegt den allgemeinen Bestimmungen über Ansprüche, die sich aus dem materiellen Rechte ergeben. Diese Feststellung ist vor allem für prozessuale Fragen von größter Bedeutung. Da auch § 1394 kein Hindernis enthält[1]), besteht keinerlei Zweifel daran, daß diese Ansprüche auch während der Ehe mit Hilfe der Gerichte durchgesetzt werden können, ohne Rücksicht darauf, wer Prozeßgegner ist[2]).

Bezüglich der in Frage kommenden prozessualen Mittel ist festzustellen, daß für die in der Praxis nicht einheitlich liegenden Fälle[3]) verschiedene Möglichkeiten gegeben sind. Das regelmäßige Mittel für die Durchsetzung aller Ansprüche aus dem materiellen Civilrechte bietet eine wegen eines solchen Anspruches zu erhebende Klage. Dieser Weg steht auch für den Anspruch der Frau aus der Kostenvorschuß-Pflicht offen[4]). Sobald sie hinsichtlich ihres Anspruches aus

---

1) Oben § 6 Text zu Anm. 54—65.

2) RGR.Kom. § 1387 6 a; KG. in Rspr. 41 S. 52.

3) Vgl. oben § 6 Text zu Anm. 45—48.

4) Klien a. a. O. S. 424—25; Opet, § 1387 8. Anderer Ansicht, die Möglichkeit zu klagen verneinend wohl nur: Knitschky a. a. O. III S. 109. Seine Ansicht ergibt sich aus

§ 1387 die Fälligkeit begründet hat, indem sie selbst Kostenschuldnerin geworden ist, kann sie eine einfache Leistungsklage erheben [5]). Hierbei ist es gleichgültig, ob der Hauptprozeß, zu dem die Kostenvorschüsse benötigt werden, gegen den Mann oder gegen einen Dritten gerichtet ist. An besondere Voraussetzungen ist diese Klage nicht geknüpft. Eine Vereinfachung dieses Rechtsschutzes ist dort möglich, wo dieser Hauptrechtsstreit gegen den Ehemann geführt wird, und wenn für sämtliche nunmehr erhobenen Ansprüche das Prozeßgericht zuständig und dieselbe Prozeßart zulässig ist. Nach § 260 ZPO. [6]) besteht sodann die Möglichkeit der Klagenverbindung, die zu der Vereinfachung führt, daß es nur e i n e s Verfahrens bedarf.

Der Rechtsbehelf der Klage ist nun aber an sich mit Mängeln behaftet, die ihn für den hier benötigten Rechtsschutz in einer sehr großen Reihe von Fällen als ungenügend erscheinen lassen [7]), und zwar in doppelter Beziehung: Ganz allgemein stellt er sich als zu zeitraubend und umständlich dar [8]). Die Praxis ist daher bestrebt, ihn nach Möglichkeit zu vermeiden [9]). Des weiteren versagt er aber in bestimmten Fällen ganz, nämlich dann, wenn die Kostenvorschußverpflichtungen noch gar nicht fällig sind [10]), da der von der Frau angegangene Anwalt die Übernahme eines Mandates ohne

---

seiner Auffassung der materiell-rechtlichen Verhältnisse. Verneinend auch: OLG. Königsberg Rspr. 1 S. 274 und OLG. Hamburg Rspr. 30 S. 46 mit kurzen Ausführungen, die durch die hier vertretene Ansicht über die materiell-rechtliche Verpflichtung bereits widerlegt sind.

5) Vgl. oben § 6 Text zu Anm. 44—48.

6) Hier soll gleich betont werden, daß dieser Weg bei den in der Praxis bedeutsamsten Prozessen, den Ehestreitigkeiten nicht gangbar ist, da für sie eine besondere Prozeßart geschaffen und die Klageverbindung durch § 615 ZPO. ausgeschlossen ist.

7) Ihre Erwähnung hier beruht auf systematischen Gesichtspunkten und erfolgt vor allem aus dem Grunde, daß sie immer zulässig ist, im Gegensatz zu den weiter zu erörternden Rechtsbehelfen, die an besondere Voraussetzungen geknüpft sind.

8) Vgl. OLG. Braunschweig Rspr. 42 S. 119.

9) Vgl. RG. 47 74.

10) Vgl. oben § 6 Text zu Anm. 45—48.

gleichzeitige Vorschußleistung ablehnt[11]). In diesem Falle kann eine Klage der Frau nicht durchdringen; er birgt aber, besonders für die nicht über hinreichendes Vorbehaltsgut verfügende Frau, eine sehr große Gefahr. Obgleich ihr Mann möglichenfalls große Werte von ihr als eingebrachtes Gut in Händen hat, kann sie keinen Anwalt, mindestens nicht den ihrer Wahl, mit der Durchführung eines Prozesses betrauen.

Ein solcher weitergehender, auch in diesen besonderen Fällen nicht versagender Rechtsschutz wird nun durch die Verwendung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 940 ZPO. gewährt. Dieser Paragraph lautet:

> Einstweilige Verfügungen sind auch zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, sofern diese Regelung, insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint.

Die in dieser Bestimmung enthaltenen Voraussetzungen sind bei der Mehrzahl der hier zur Betrachtung stehenden Fälle erfüllt[12]).

Es muß sich um die Regelung eines einstweiligen Zustandes in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis handeln. Dieses ist hier die Kostenvorschuß-Pflicht. Daß eine Zustandsregelung in bezug auf jene Verpflichtung durch die einstweilige Verfügung bewirkt wird, geht aus dem Inhalt der Verpflichtung des Ehemannes hervor, der den Zustand des Kostenlastfreiseins der Ehefrau zu bewirken hat. Der weiteren Voraussetzung, daß nur ein einstweiliger Zustand geregelt werden darf, wird ebenfalls entsprochen, wird doch, ohne daß der materiell-rechtlichen Entscheidung vorgegriffen wird, die einstweilige Verfügung nur zur gegenwärtigen Ermöglichung

---

11) Dies dürfte gegen die Anwaltspflichten nicht verstoßen, da es immer ungewiß sein kann, ob von dem Manne der Vorschuß beitreibbar ist, und da der Anwalt auch vor solchem Beitreibungsversuche schon Vorschuß verlangen kann.

12) Vor allem in dem wichtigen Falle, daß eine nicht über Vorbehaltsgut verfügende Ehefrau zur Einleitung eines Rechtsstreites der Kostenvorschüsse bedarf.

der Prozeßführung erlassen. Es ist weiter zu beachten, daß die einstweilige Verfügung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheinen muß. Diese Voraussetzung hält man mit Recht für dadurch erfüllt, daß die Ehefrau in einem Rechtsstreite, in dem sie der Vertretung durch einen Anwalt bedarf, nicht durch einen solchen vertreten wird [13]); hierbei können die Fälle so liegen, daß ein bereits in einem Vertragsverhältnisse mit der Ehefrau stehender Anwalt seine resp. seine weitere Tätigkeit von der Zahlung eines Vorschusses abhängig macht, oder daß die Frau gar keinen Anwalt mit der Führung ihres Rechtsstreites beauftragen kann, da sie nicht in der Lage ist, die sofort bei der Mandatserteilung fälligen und geforderten Kostenvorschüsse zu erbringen.

Dieser so als zulässig erkannte Rechtsbehelf der einstweiligen Verfügung gewährt den für die Frau benötigten Rechtsschutz in vollem Umfange. Nach §§ 936, 926 ZPO. kann der Antrag auf Erlaß einer solchen gestellt werden, ohne daß die Hauptsache, also der Anspruch aus der Kostenvorschuß-Pflicht, mittels Klage anhängig geworden ist. Als besonders wichtige Bestimmung ist aber vor allem § 938 I ZPO. zu erwähnen. Nach ihm bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind. Hier liegen die vielseitigsten Möglichkeiten begründet, und hiermit ist auch der für die nicht über Vorbehaltsgut verfügende Ehefrau notwendige Schutz gegeben. Durch diese Bestimmung besteht für sie die Möglichkeit, ihren Gatten zur Bewirkung ihres Kostenfreiseins schon im Augenblick der Fälligkeit seiner und ihrer Verpflichtung heranzuziehen. § 938 I ZPO. ermächtigt das Gericht, eine einstweilige Verfügung des Inhalts zu erlassen, daß dem Manne schon vor der Begründung einer Verpflichtung der Ehefrau aufgegeben wird, in dem Augenblicke, wo der Anwalt Gläubiger der Ehefrau wird, sie von dieser Verpflichtung freizuhalten [14]). Soweit erforderlich, sind auf Grund einer solchen

---

13) Vgl. OLG. Rostock Meckl.Zeitschr. 1931 S. 483–484 letzte Seite.

14) Sollte die Ehefrau über die geringen Vorschüsse, die zu dieser Heranziehung des Ehemannes nötig sind, nicht verfügen, so muß sie hierfür das Armenrecht in Anspruch nehmen.

einstweiligen Verfügung Vollstreckungshandlungen zulässig, §§ 936, 929 ZPO.

Es könnte nun gesagt werden, wenn gegen den Ehemann vollstreckt wird, wegen der erst in der Zukunft fälligen Beträge, so bedeute das, daß man ihn zu einer Leistung vor Fälligkeit heranziehe. Allein eine solche Auffassung ist zurückzuweisen, hat doch die einstweilige Verfügung dahin zu ergehen, daß im Augenblick der Fälligkeit die Kostenvorschüsse an den Gläubiger auszuhändigen sind. Was vor der Fälligkeit geschieht, stellt eine Sicherungs- aber keine Durchsetzungsmaßnahme dar; zu einer solchen wird sie erst mit der Begründung der Fälligkeit. Zum Beweise dieser Ansicht sei darauf hingewiesen, daß weder der Anwalt, noch die Ehefrau vorher vom Gerichtsvollzieher z. B. das gepfändete Geld herausverlangen können.

Die Zuständigkeit des Gerichtes, das für den Prozeßkostenvorschuß-Anspruch zuständig ist, für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung ergibt sich aus § 937 ZPO., der bestimmt, daß sie von dem Gerichte der Hauptsache zu erlassen ist. Hauptsache ist hier aber die Kostenforderung. Zwar wird sie nicht um ihrer selbst willen geltend gemacht, sondern zur Ermöglichung der Durchführung eines andern Rechtsstreites, aber sie bildet den Gegenstand eines selbständigen Verfahrens. Von diesem Gerichte der Hauptsache, dessen Zuständigkeit sich in örtlicher und sachlicher Beziehung aus den allgemeinen Bestimmungen ergibt, ist also die einstweilige Verfügung zu erlassen.

Aber auch dieser bisher beschriebene Rechtsschutz erscheint, da er immer zwei Verfahren verlangt, noch als zu umständlich. Man versucht daher soweit wie möglich, um eine weitere Vereinfachung zu erzielen, mit nur einem Rechtsstreite auszukommen. Gleich hier muß gesagt werden, daß eine solche vereinfachende Zusammenziehung nur dann möglich ist, wenn sich wegen der beiden streitigen Ansprüche die gleichen Parteien gegenüberstehen[15]). In den Fällen also, wo die Frau den Mann wegen Kostenvorschüsse in Anspruch nimmt, um gegen einen Dritten einen Rechtsstreit zu führen, kommt wegen der ganzen Konstruktion des Zivil-

15) OLG. Jena Rspr. 25 S. 232—233.

prozesses und seines Parteibegriffes eine weitere Zusammenziehung und Vereinfachung nicht in Frage. Hier bleiben zwei Verfahren nötig[16]).

§ 12.

Die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung wegen des Kostenvorschuß-Anspruches im Rechtsstreite der Ehefrau gegen ihren Gatten unter Berücksichtigung der Zuständigkeitsfragen.

Anders als in den Fällen des Rechtsstreites mit einem Dritten liegen nun die Verhältnisse, wenn die Ehefrau einen Rechtsstreit mit ihrem Ehemanne führt oder führen will. Bei der hier gegebenen Parteienidentität wird, soweit für das Verfahren wegen des Hauptstoffes die ZPO. maßgeblich ist, die Möglichkeit behauptet, mit einem Prozesse auskommen zu können: Im Rahmen des anhängigen oder anhängig zu machenden[1]) Rechtsstreites soll dem Ehemanne die Zahlung der von ihm zu erbringenden Kostenvorschüsse durch eine vom Gerichte dieses Hauptstoffes zu erlassende einstweilige Verfügung aufgegeben werden können. Hiermit sei der gesuchte erhöhte Rechtsschutz gefunden. Diese in Wissenschaft[2]) und Praxis[3]) häufig vertretene Ansicht ist, wenn

---

16) So im Resultat: Förster-Kann, § 919 2a.

1) Stein-Jonas vor § 606 VI F 1; Sydow-Busch-Krantz, § 937 I; OLG. Jena in Rspr. 25 S. 232.

2) Förster-Kann vor § 606 3c und 3c αα; Freudenthal-Sauerländer, § 627 Nr. 4; Goldschmidt, § 73 3h 4. Absatz; Kliena.aO. S. 424; Kuhlenbeck, § 1387 Nr. 1; Lilienthal-Goldmann, § 21 9 Anm. 29; Meisner, § 1387 3; Marie Munck, § 13 S. 42; Planck, § 1387 I 7 Abs. 2; RGR.Kom. § 1387 6a; Rosenthal, § 1387; Scherer a.a.O. Nr. 397; Sydow-Busch-Krantz, § 627 4; Walsmann a.a.O. S. 367; Warneyer, § 1387 II.

3) RG. 47 75; RG. 46 356; RG. J.W. 01 274; RG. J.W. 01 735; RG. Gruchot 46 942; OLG. Colmar Rspr. 11 S. 95; OLG. Hamburg D.J.Z. 00 S. 168; OLG. Hamburg in Rspr. 12 S. 313—314; OLG. Hamm JW. 1925 S. 826; OLG. Naumburg Rspr. 1 S. 29; OLG. Rostock Meckl.Zeitschr. 1902 S. 16; OLG. Rostock Meckl.Zeitschr. 1916 S. 223.

sie auch nicht unbestritten ist, als die herrschende zu bezeichnen.

Zur Begründung der Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung im Rahmen eines Rechtsstreites zwischen den Ehegatten, insbesondere in Eheprozessen [4]), sind verschiedene Gesichtspunkte herangezogen worden:

Die beiden Unterhaltstheorien beschränken sich auf eine Untersuchung der Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung wegen der Kostenvorschüsse im Ehescheidungsprozesse [5]); sie argumentieren wie folgt: Nach § 627 ZPO. sei das Prozeßgericht des Eheprozesses zur Regelung vermögensrechtlicher Beziehungen mittels einer einstweiligen Verfügung zwischen den streitenden Gatten insoweit zuständig, als sie sich aus der gegenseitigen Unterhaltspflicht ergäben. Da nun auch die Verpflichtung wegen der Kostenvorschüsse auf der dem Ehemanne gemäß § 1360 obliegenden Unterhaltsverpflichtung beruhe, sei durch jene Bestimmung die Verwendung einer einstweiligen Verfügung wegen der Kostenvorschuß-Pflicht gerechtfertigt.

Diesen Ausführungen steht die Argumentation der güterrechtlichen Theorien gegenüber.

Mit der Ablehnung des Gedankens, daß diese Verpflichtung des Ehemannes in seiner Unterhaltspflicht begründet sei, wird folgerichtig [6]) die Möglichkeit, eine einstweilge Verfügung auf § 627 ZPO. zu stützen, abgelehnt [7]). Weiter wird gesagt, § 935 ZPO. treffe die vorliegenden Fälle auch nicht [8]), da seine Verwendung die Durchsetzung eines Anspruches bewirken würde, während die einstweilige Verfügung nur Siche-

---

4) Die einstweiligen Verfügungen in einem solchen finden wegen ihrer großen Bedeutung in der Praxis in der Literatur die größte, ja fast ausschließliche Beachtung. Durch ihre Behandlung mit ihren besonderen Schwierigkeiten werden auch die übrigen, einfacheren Fälle geklärt.

5) Meyerhoff a. a. O. I und II; Dengel, § 15 S. 71—72; und § 16 S. 74 ff.

6) RG. 46 355.

7) RG. 46 355.

8) Schäfer, Hanseat.Ger.Bbl. 00 S. 58; Ullmann, Arch. Ziv.Prax. 92 S. 296; Walsmann a. a. O. S. 367.

rungszwecken dienen solle. Es bleibe aber § 940 ZPO.[9]). Auf Grund dieser Bestimmung sei nun auch tatsächlich die Möglichkeit für die Ehefrau gegeben, gegen den Mann eine einstweilige Verfügung zu erwirken, und zwar auch in Ehesachen, da für diese § 627 ZPO. nicht die ausschließlich zulässigen einstweiligen Verfügungen enthalte[10]). Die zu beachtenden Voraussetzungen des § 940 ZPO. seien folgende: Die einstweilige Verfügung müsse ergehen zur Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis, die insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder aus sonstigen Gründen nötig erscheinen müsse. Wegen des Drohens wesentlicher Nachteile wird der oben[11]) schon niedergelegte Standpunkt eingenommen, daß diese Voraussetzung, soweit die Vertretung der Frau durch einen Anwalt erforderlich ist, durch drohendes Nichtvertretensein gegeben ist. Ein streitiges Rechtsverhältnis bestehe zwischen den Parteien auch, da sie sowohl über die zwischen ihnen bestehende Ehe, als auch insbesondere über die aus dem ehelichen Güterrechte entspringende Kostenhaftung stritten[13]). Es handle sich um einen Schutz, der bezüglich des im Eheprozesse streitigen Rechtsverhältnisses zu gewähren sei[14]). Dieses Rechtsverhältnis sei hier die Hauptsache[15]). In Bezug auf dieses werde der Ehegattin tatsächlich durch den Erlaß einer einstweiligen Verfügung ein Schutz gewährt[16]). Bedenken aus §§ 937 und 615 ZPO. beständen somit nicht[17]). Was mit dem Erlaß dieser einstweiligen Verfügung bewirkt werde, sei einst-

---

9) RG. 46 356 und 47 75; Walsmann a. a. O. S. 367.

10) Mittelstein a. a. O.; Müller a. a. O.; RG. 46 354; OLG. Hamburg D.J.Z. 00 S. 168; OLG. Naumburg Rspr. 1 S. 29.

11) Vgl. § 11 Text zur Anm. 12.

12) Förster-Kann vor § 606 3c αα; Klien a. a. O. S. 424—5 mit eingeh. Ausführg.; RG. 46 S. 356; RG. 47 S. 75; OLG. Hamburg D.J.Z. 00 S. 168.

13) RG. 46 S. 357.

14) RG. 47 S. 75.

15) RG. 47 S. 75.

16) Klien a. a. O. S. 424.

17) Klien a. a. O. S. 424; Erler, § 45 Text zur Anm. 28; RG. 47 S. 75.

weiligen Charakters: die Regelung der einstweiligen Kostenvorschußpflicht [18]).

Zuletzt wird dann noch darauf hingewiesen, daß das in der Hauptsache bevorstehende Urteil [19]) auch eine Kostenentscheidung bringen werde. Aus dieser werde dann zu ersehen sein, ob die „vorgeschossenen Kosten" [20]) endgültig vom Ehemann zu tragen, oder ob ihm dieselben von der Ehefrau zu erstatten seien [21]).

An anderer Stelle [22]) wird noch betont, daß der Erlaß einer einstweiligen Verfügung wegen der Kostenvorschüsse nicht von der Glaubhaftmachung abhängig sei, daß die beabsichtigte Rechtsverfolgung aussichtsreich sei, z. B. Glaubhaftmachung des Scheidungsgrundes, da eine solche Maßnahme, die unschwer eine Behinderung der Frau bedeuten könne, im Gesetze nicht vorgesehen sei.

Eine Voraussetzung ist jedoch zu erfüllen. Es bedarf eines Hinweises, daß der gesetzliche Güterstand, aus dem ja der materiell-rechtliche Anspruch entspringt, vorliegt. Dies ist glaubhaft zu machen; in der Praxis dürfte es sich leicht durchführen lassen, wohl meist schon durch einfachen Hinweis [23]).

Diese die Praxis beherrschende Ansicht findet in der Literatur lebhaften Widerspruch [24]).

In voller Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre [25])

---

18) RG. 46 S. 356.

19) RG. 47 72 ff.; Klien a. a. O. S. 424.

20) RG. 47 S. 75.

21) Diesen Entscheidungen und ihren Ausführungen schließen sich unter einfacher Bezugnahme auf sie an: RGR.Kom. § 1387 6 a; Sydow-Busch-Krantz, § 627 Nr. 5; sowie die übrigen oben Anm. 2 und 3 genannten.

22) Sydow-Busch-Krantz, § 627 Note 5; Stein-Jonas vor § 606 VI F 3 Note 68; OLG. Rostock in Rspr. 39 Seite 92.

23) So auch Breme a. a. O. S. 1022—23.

24) Seuffert vor § 91 Nr. 6 und § 627 2b; Staudinger, § 1387 3f; Stein-Jonas vor § 606 VI B 3a.

25) Oben Text zu Anm. 6 und 7.

wird auch hier die Unterhaltstheorie mit allen ihren Folgerungen abgelehnt[26]).

Aber während teilweise der herrschenden Ansicht in ihrer Auffassung zugestimmt wird[27]), daß die im § 627 ZPO. aufgeführten einstweiligen Verfügungen nicht die einzigen seien, die in Ehesachen zulässig seien[28]), findet sich auch die Ansicht vertreten, daß im § 627 die in Eheprozessen ausschließlich zulässige einstweilige Verfügung enthalten sei[29]). Sie könne nur die einzelnen in seinem Absatz 1 aufgeführten Anordnungen enthalten. Eine Hauptstütze für diese Ansicht wird darin gesehen, daß in allen Absätzen des § 627 ZPO. immer von „der" einstweiligen Verfügung gesprochen werde[30]). Aus dem Absatz 4 des § 627 ZPO. sei nur zu entnehmen, daß auch bei einer einstweiligen Verfügung gemäß § 627 die im § 940 ZPO. normierten Voraussetzungen gegeben sein müßten.

Dieser abweichenden Ansicht kann nicht zugestimmt werden, wenn auch in dem Absatze 4 richtig nur ein Hinweis auf die erforderlichen Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung gesehen wird, so kann doch die allgemeine Bestimmung des § 940 ZPO. für Eheprozesse nicht als durch die Fassung des § 627 ZPO. ausgeschlossen erscheinen. Es ist nun behauptet worden, daß im § 627 ZPO. immer nur von „der" einstweiligen Verfügung gesprochen sei. Diesem gegenüber ist aber darauf hinzuweisen, daß im § 627 I ZPO. gesagt ist „durch einstweilige Verfügung". In diesem grundlegenden Satze ist also lediglich das zulässige

---

26) Müller, D.J.Z. 1913 S. 1438; Seuffert bei § 627 2b; Staudinger, § 1387 3a und f; Stein-Jonas vor § 606 VI a.

27) Oben Anm. 10.

28) Petersen, § 627 I; Schäfer, Hanseat.Ger.Bbl. 00 S. 58; Seuffert, § 627 2b; Stein-Jonas vor § 606 VI B 3.

29) Bürck, J.W. 00 S. 338; Davidson, Ehescheidung § 1564 6; Davidson, D.J.Z. 00 S. 161; Staudinger, § 1387 3f; Knitschky a.a.O. III S. 110, der mehr aus dem Vorhandensein als aus dem Inhalt des § 627 zu einer Ablehnung kommt; OLG. Königsberg Rspr. 1 S. 271 und LG. Mainz in Hess.Rspr. 1 S. 155.

30) Bürck, J.W. 00 S. 338.

Rechtsinstitut bezeichnet. Für dessen Ausschließlichkeit ist jedoch in ihm keinerlei Anhaltspunkt gegeben. Somit erscheint die Ausdrucksweise „die einstweilige Verfügung" in den folgenden Absätzen lediglich als ein Hinweis auf jene Anordnung des Absatzes 1. Aus dem ganzen § 627 ist bei dieser Betrachtung kein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen, daß neben den in ihm für zulässig erklärten einstweiligen Verfügungen keine weiteren zulässig seien[31]). Für diese Auslegung spricht eindeutig auch die Entstehungsgeschichte, die eine in dieser Richtung gehende deutliche Stellungnahme enthält[32]).

Gegen die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung, insbesondere gemäß § 940 ZPO. werden des weiteren folgende Bedenken erhoben: Die „Kostenvorschußpflicht" ergebe eine Forderung, gerichtet auf eine einmalige Leistung. Für die Sicherung resp. Durchsetzung einer solchen käme als Hilfsmittel ein Arrest, ZPO. § 916, in Frage. Derselbe sei jedoch an die Voraussetzungen der §§ 917 und 918 ZPO. geknüpft; überdies führe er gemäß § 930 ZPO. zur Hinterlegung[33]). Eine einstweilige Verfügung gemäß § 935 käme auch nicht in Frage, weil sie lediglich dem Schutze einer Individualleistung diene[34]). Endlich würden nun zwar unter bestimmten Voraussetzungen einstweilige Verfügungen, gerichtet auf die Zahlung einer Geldsumme für zulässig gehalten, aber diese Voraussetzungen lägen hier nicht vor. Sie seien die, daß es sich um wiederkehrende Leistungen

---

31) Dieser Unterschied zwischen Abs. 1 und Abs. 2—4 kommt in den Ausführungen von Bürck, J.W. 00 S. 338 nicht zum Ausdruck. Er übergeht diesen ersten wichtigsten Absatz. Bei der hier vertretenen Ansicht, daß von diesem auszugehen ist, dürfte sich die in den Absätzen 2—4 gebrauchte Ausdrucksweise: „die einstweilige Verfügung" unschwer als praktische Verkürzung des hinweisenden Ausdrucks „eine solche einstweilige Verfügung" erkennen lassen.

32) Mittelstein a. a. O. erwähnt die Begründung zur neuen ZPO. S. 184—185, wo gesagt ist, daß jetzt die einstweilige Verfügung in Ehesachen eingehender als bisher geregelt werden solle. Zustimmend auch Knitschky a. a. O. III S. 111.

33) Seuffert vor § 606 6a α; Ullmann, Arch.Ziv.Prax. 92 S. 296.

34) Ullmann, Güterrecht, § 17 VI.

handle[35]), würde doch mit Recht in der Anordnung fortlaufender Teilzahlungen eine Zustandsregelung gesehen[36]). Wenn auch daneben in geringem Umfange noch die provisorische Verurteilung zu einmaligen Leistungen für zulässig gehalten werde, sofern dies zur Abwendung für die Dauer eintretender Schäden notwendig sei, so sei doch stets daran festgehalten, daß die einstweilige Verfügung nicht dazu benutzt werden dürfe, um aus Gründen wie Bedürftigkeit und anderen eine Abschlagszahlung auf die Forderung zu gewähren[37]). Weiter wird die Zuständigkeit des Gerichtes des Hauptstoffes, insbesondere des Eheprozesses, mittels einer einstweiligen Verfügung gemäß § 940 ZPO. die Verpflichtung des Ehemannes wegen der Prozeßkostenvorschüsse zu regeln, verneint[38]): Zur Begründung wird gesagt: § 937 ZPO. bestimme als zuständiges Gericht das Gericht der Hauptsache. Näheres gehe aus § 943 ZPO. hervor. Das Gericht, bei dem ein Streit über ein Rechtsverhältnis, z. B. ein Ehescheidungsprozeß anhängig sei, könne aber als solches Gericht der Hauptsache in Bezug auf die Prozeßkosten nicht angesehen werden. Wäre es dies nämlich, so müsse die Kostenforderung der Frau den Streitgegenstand des Eheprozesses bilden oder mitbilden. Dies sei jedoch nicht der Fall, da die Kosten eines Rechtsstreites überhaupt keinen Streitgegenstand neben der Hauptsache bilden. Hierüber könnten auch die gebrauchten allgemeinen Wendungen nicht hinweghelfen[39]). Durch den Gebrauch der Ausdrücke: „Ein bezüglich des im Ehescheidungsprozesse streitigen Rechtsverhältnisses ...“[40]) oder „... steht in Beziehung ...“[41]) an-

---

35) Seuffert vor § 606 6a α; Staudinger, § 1387 3f; Ullmann, Arch.Ziv.Prax. 92 S. 297; Güterrecht a. a. O.

36) Stein-Jonas vor § 606 B VI 3a.

37) Stein-Jonas vor § 606 B VI 3a; Sydow-Busch-Krantz, § 940 I.

38) Meyerhoff a. a. O. I; Opet, § 1387 8; Seuffert, § 91 und 627 2b; Staudinger, § 1387 3f; Stein-Jonas vor § 606 VI B 3c; OLG. Köln Rspr. 1 S. 81.

39) Stein-Jonas vor § 906 VI B 3c.

40) RG. 47 S. 75.

41) RG. Warn. 09 Nr. 261 S. 238 in dem Satze: Das streitige Rechtsverhältnis ist allerdings der Bestand der Ehe, aber in Be-

stelle des präzisen gesetzlichen Begriffes könnten die bestehenden Bedenken nicht ausgeräumt werden. Als weiterer Angriff gegen die herrschende Ansicht und ihre Auslegung des Begriffes „Gericht der Hauptsache" finden sich weiter folgende Ausführungen: Hauptsache sei der im Güterrechte wurzelnde vermögensrechtliche Anspruch auf „Vorschießung" der Prozeßkosten [42]). Dieser Anspruch sei eine selbständige Hauptsache und Gericht der Hauptsache sei dasjenige Gericht, das für die klagweise Geltendmachung dieses Anspruches zuständig sei. Infolge des Fehlens der Voraussetzung des § 937 könne von der Zuständigkeit des Prozeßgerichtes des Hauptstoffes, also z. B. des Eheprozeßgerichtes, für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung nicht die Rede sein. Des weiteren sei § 615 Abs. 2 ZPO. für diese Ansicht anzuführen. Er verbiete, mit der Ehescheidungsklage andere als die im § 615 Abs. 1 ZPO. miterwähnten Klagen zu verbinden. Es sei zuzugeben, daß die Entscheidung des Eheprozesses für die güterrechtlichen Verhältnisse präjudiziell sei, doch ändere dieses an dem Ergebnisse nichts, werde doch ein Gericht dadurch, daß bei ihm ein präjudizieller Anspruch anhängig sei, noch nicht das zum Erlasse einstweiliger Verfügungen für den präjudizierten Anspruch zuständige Gericht, nämlich Gericht der Hauptsache. Die Behandlung vermögensrechtlicher Verhältnisse als Hauptsache sei daher auch aus diesem Grunde im Ehescheidungsprozesse unzulässig. In einem solchen könne daher eine einstweilige Verfügung wegen der Kostenvorschüsse, gestützt auf § 940 ZPO. nicht erlassen werden [43]).

Zu diesen Ausführungen ist, soweit es nicht schon geschehen ist, nunmehr, zugleich zum Zwecke einer Zusammenfassung, Stellung zu nehmen. Es ist bereits darauf hinge-

---

ziehung dazu steht auch, solange die Ehe besteht, die güterrechtliche Pflicht des Mannes gegenüber der Frau, die Kosten des Rechtsstreites vorläufig, d. h. unbeschadet künftiger Ausgleichung, zu tragen.

42) Müller, D.J.Z. 1913 S. 1439; Stein-Jonas, § 606 VI F 3; Sachs a. a. O. II; OLG. Jena Rspr. 25 S. 232; OLG. Köln Rspr. I S. 81, OLG. Königsberg Rspr. 1 S. 272.

43) OLG. Jena Rspr. 25 S. 232; OLG. Köln Rspr. 1 S. 81; OLG. Königsberg Rspr. 1 S. 272.

wiesen[44]), daß es sich hier darum handelt, durch Auskommen mit einem Prozesse der Ehefrau einen größeren Schutz in Bezug auf das in diesem streitige Hauptrechtsverhältnis zuteil werden zu lassen, als dies durch das Anstrengen zweier Prozesse möglich wäre. Das Rechtsinstitut, das dies ermöglicht, und dessen Gebrauch zu rechtfertigen ist, soll also einen Schutz enthalten für den jeweiligen Hauptstreitstoff. Diese Feststellung führt zur Widerlegung der Behauptung, daß für den vorliegenden Fall nur ein Arrest in Frage komme; ein solcher findet statt wegen einer Geldforderung oder wegen eines Anspruches, der in eine Geldforderung übergehen kann. Wegen des Hauptstoffes kann also nur ein Arrest ausgebracht werden, wenn er diesen Voraussetzungen entspricht. Bei den praktisch wichtigsten Fällen, den Ehescheidungssachen, ist also dieses Rechtsinstitut nicht verwendbar. Es wird nun zugegeben, daß wegen des Anspruches aus der Kostenvorschußpflicht auch unter Umständen ein Arrest gemäß § 916 ZPO. ausgebracht werden kann, da er ein Anspruch ist, der in eine Geldforderung übergehen kann, aber dieser Weg ist, wenn nicht besondere Umstände vorliegen[45]), wegen der hier beabsichtigten Rechtsverfolgung nicht zu beschreiten; er würde das gesetzte Ziel verfehlen, bringt er doch einen Schutz in Bezug auf die Kostenvorschuß-Ansprüche, während es sich darum handelt, der Frau einen Schutz in Bezug auf das Hauptrechtsverhältnis zu gewähren[46]).

Die Voraussetzungen der einstweiligen Verfügung gemäß § 940 ZPO. sind dagegen gegeben:

Zu dem Erfordernis, daß die getroffene Regelung geboten sein müsse, um wesentliche Nachteile abzuwenden, ist

---

44) Vgl. § 11 Text zu Anm. 15.

45) z. B., daß die Durchsetzung dieses Anspruches aus bestimmten Gründen überhaupt gefährdet ist, § 917 ZPO.

46) Bezüglich der Zuständigkeitsbestimmung des § 919 ZPO., daß u. a. das Gericht der Hauptsache zuständig ist, ist noch zu bemerken, daß auch hieraus noch hervorgeht, daß zu dem Zwecke der gewünschten Vereinfachung ein Arrest nicht dienen kann, wird doch infolge des Verbindungsverbotes des § 615 ZPO. für die wichtigsten Fälle wieder, für die Eheprozesse, das Führen zweier Rechtsstreite nötig.

bereits gesagt, daß es in den zur Rede stehenden Fällen erfüllt werden kann und erfüllt wird[47]). Nun muß es sich weiter um die vorläufige Regelung eines einstweiligen Zustandes, und zwar in Bezug auf das streitige Rechtsverhältnis handeln. Eine Betrachtung dieser letzteren Voraussetzung ergibt, daß auch sie gegeben ist. Die anzuordnende Regelung ergeht in Bezug auf das streitige Rechtsverhältnis; dies ist der Hauptstoff, z. B. der Ehescheidungsprozeß. In Bezug auf den aus diesem erwachsenen Anspruch soll eine einstweilige Verfügung erlassen werden. Sie betrifft nicht seine völlige oder teilweise Durchsetzung, sondern seine Durchsetzbarkeit. Es ergeht zwar keine Verfügung, die die Konflikte wegen des Hauptstreitstoffes löst, wohl aber eine solche, die es der Ehefrau ermöglicht — eben durch Freiwerden von ihrer Kostenschuld[48]) — diesen Hauptstreitstoff dadurch, daß sie ihn vor die Organe der Rechtspflege bringt, einer Lösung zuzuführen. Indem der Ehefrau diese Möglichkeit gegeben wird, wird ihr ein Schutz „in Bezug auf das streitige Rechtsverhältnis" gewährt[49]). Diese Anordnung muß nun einen einstweiligen Zustand herbeiführen; nur zur Regelung eines solchen darf die einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO. führen. Wenn nun gesagt ist[50]), solche Zustandsregelung werde nicht bewirkt, sondern die einstweilige Verfügung werde lediglich zur Erreichung einer Abschlagszahlung auf eine Geldforderung verwendet, so erfolgt hiergegen mit Recht der Hinweis, daß es sich hier nicht um eine einfache Geldschuld, die sich durch einmalige Leistung erschöpft, handelt, sondern daß für die Ehefrau auf Grund einer einheitlichen dauernden Verpflichtung des Mannes der

---

47) Oben Text zu Anm. 11 und 12. Vgl. § 11 Anm. 12 u. 13.

48) KG. Rspr. 41 S. 52.

49) Klien a. a. O. S. 424. Hier liegt ein Unterschied von dem oben in § 11, Text zur Anm. 13 erörterten Falle; dort — wo zwei Verfahren durchgeführt werden, — bringt die im Kosten-Tragungsstreite ergehende e. V. nicht nur eine Regelung in bezug auf die Hauptsache, sondern sogar der Kostenvorschußpflicht. Die hier im Texte vertretene Ansicht rechtfertigt sich aber völlig aus dem weitreichenden Begriffe: „In bezug auf".

50) Oben im Text zu Anm. 35—37.

Zustand des gegenwärtigen einstweiligen Kostenfreiseins[51]) zu bewirken ist[52]). Daß die getroffene Regelung tatsächlich nur einstweiliger Natur ist, geht aus folgendem hervor. Zwar wird der Ehemann durch eine einstweilige Verfügung in dem vorliegenden Falle in dem vollen Umfange seiner gegenwärtigen materiell-rechtlichen Kostenvorschuß-Pflicht[53]) zu einer Leistung herangezogen, aber wie richtig[54]) gesagt ist, wird durch eine solche einstweilige Verfügung der Entscheidung der Frage, ob der Mann nur vorläufig oder endgültig zur Tragung dieser Kosten verpflichtet ist, nicht vorgegriffen. Es wird gegenwärtig für die Frau der einstweilige Zustand der Lastenfreiheit geschaffen. Daß dieser einstweilige Zustand in einen endgültigen übergehen kann, ändert hieran nichts, ist dies doch von dem völlig auf anderem Gebiete liegenden Rechtsgrunde abhängig, daß eine der Frau günstige prozessuale Kostenentscheidung ergeht. Daß es sich hier nur um eine vorläufige Lastenbefreiung handelt, wird auch weiter noch daraus ersichtlich, daß die Frau bei einem ihr ungünstigen Prozeßausgange dem Manne zur Rückzahlung der vorläufig gezahlten Kostenvorschüsse verpflichtet ist[55]).

Aber auch die wegen der Zuständigkeit erhobenen Zweifel erscheinen nicht gerechtfertigt. Gerade die Feststellung, daß die die Kostenvorschußfrage regelnde einstweilige Verfügung in Bezug auf den Hauptstreitstoff als die Hauptsache ergeht, d. h. in Beziehung zu dem Hauptrechtsverhältnis[56]), ergibt hier die Zuständigkeit dieses Gerichtes des Haupt-

---

51) KG. in Rspr. 41 S. 51.

52) Vgl. oben § 9 Text zu Anm. 12 und 13 und § 11 Text zu Anm. 12 und 13.

53) Breme a. a. O. 2, der jedoch nur diese eine Seite sieht, daß der Mann in vollem Umfange in Anspruch genommen wird. Wenn er von sofortiger Befreiung spricht, so ist, wie im Texte auch betont, dies aber auf den Hauptpunkt, die Hauptsache nicht anzuwenden. Unter teilweiser Anerkennung von Breme a. a. O. muß darum dessen Gesamtansicht — insb. Abs. 3 a. a. O. — als schief gesehen zurückgewiesen werden.

54) RG. 47 75.

55) RG. 47 75.

56) Oben Anm. 47—49.

streitstoffes [57]), bestimmt doch § 937 ZPO., daß das Gericht der Hauptsache für den Erlaß dieser einstweiligen Verfügung zuständig ist. Zugegeben werden soll, daß die hier als bestehend erkannte Beziehung zwischen der Kostenvorschuß-Pflicht und dem Hauptstreitstoffe nur als weit und locker erscheint, aber sie ist hinreichend, ist doch die Fassung des § 940 ZPO., dessen Ausdrucksweise: „in Bezug auf" wörtlich verwendet wird, selber so überaus allgemein gehalten, daß seine Voraussetzung immer noch völlig gewahrt erscheint [58]). Da hiermit gesagt ist, daß ein Gericht auch „Gericht der Hauptsache" für einen Anspruch sein kann, der nicht selber den Prozeßstreitstoff darstellt — sondern nur zu dessen Durchsetzungsmöglichkeit geschaffen ist [59]) — erscheint die Ansicht, daß in dem Falle, daß nur ein Verfahren betrieben wird, die Kostenvorschuß-Forderung den Streitstoff bilden oder mitbilden müsse [60]) wenn anders die Zuständigkeit des Gerichtes des Hauptstoffes, z. B. des Eheprozesses nicht gegeben sei, als widerlegt. Den Ausführungen, daß die Kosten eines Rechtsstreites überhaupt keinen Streitgegenstand neben der Hauptsache bilden, ist völlig zuzustimmen [61]). Eine solche Behauptung würde nicht aufrecht erhalten werden können. Eine entsprechende Anschauung widerspricht den ganzen prozessualen Kostenlastbestimmungen. Eine formelle Voraussetzung für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung ist aus der Kostenvorschuß-Pflicht nicht zu entnehmen; sie dient lediglich als materiell-rechtliche Grundlage für die Inanspruchnahme des Ehemannes [62]).

---

57) Herrschende Meinung, insbes.: RG. 46 356, 47 75; OLG. Königsberg Rspr. 1 S. 274; OLG. Naumburg Rspr. 1 S. 29 OLG. München Rspr. 23 S. 237; Förster-Kann vor § 606 3 c bb; Goldschmidt, § 73 3 h Abs. 4; Klien a. a. O. S. 424; Walsmann a. a. O.; Wolff in Recht 03 a. a. O.; LG. Breslau in ZZP. 54 S. 365.

58) So auch Knitschky a. a. O. III S. 109.

59) So auch Walsmann a. a. O. S. 367.

60) Stein-Jonas vor § 606 VI F 3; Sachs a. a. O. II. Über die Möglichkeit, sie eine selbständige Hauptsache bilden zu lassen, vgl. oben § 11.

61) Stein-Jonas vor § 606 VI B 3 c.

62) Walsmann a. a. O.

Eine Lösung der Frage nach der Zuständigkeit aus dem Gesichtspunkte, daß sich nach dem Ausgange des Prozesses über den Hauptstreitstoff auch die endgültige Kostentragungspflicht des Ehemannes bestimme, ist abzulehnen. In diesem Rechtsstreite über den Hauptstoff wird zwar bezüglich jener Pflicht ein Präjudiz geschaffen, da die materiell-rechtliche Kostentragungsfrage infolge ihrer Verquickung mit dem Ausgange des Prozesses über den Hauptstoff in gewissem Umfange in dem Prozesse mitbehandelt wird, enthält doch zum Beispiel der Streit über die Ehe auch in gewisser Beziehung einen Streit über die Frage der endgültigen Kostentragung. Aus einem evtl. Unterliegen wird sich als materielle Rechtslage ergeben, daß sie diese Kosten endgültig selbst zu tragen haben wird. Dieses Enthaltensein bedeutet aber noch nicht, daß die Kostentragungsfrage im Ehe-Prozesse im technischen Sinne streitig ist, d. h. daß ein entsprechender Anspruch aus dem materiellen Rechte durchgesetzt werden soll. Soll dies aber nicht geschehen, so ist auch diesen Beziehungen keine Zuständigkeitsbegründung zu entnehmen [63]).

Den übrigen Ausführungen, die gegen die herrschende Ansicht gerichtet sind [64]), kann in gewissem Umfange Recht gegeben werden: Es steht, wie am Eingange dieser prozessualen Ausführungen bemerkt ist [65]), dem nichts, kein rechtliches Hindernis jedenfalls, im Wege, daß der Hauptanspruch in einem Prozesse und der aus der Kostenvorschuß-Pflicht erwachsene Anspruch in einem anderen Prozesse verfolgt werden kann. Möglichenfalls können wegen der Teilbeträge aus der letzteren auch noch mehrere Prozesse angestrengt werden! Allein, es handelt sich hier ja darum, die einfachsten Wege zu zeigen, und zu rechtfertigen, und da dies oben gelungen sein dürfte, kann diese letzte Ansicht mit ihrer stillschweigenden Behauptung, die ausschließlich richtige und mögliche zu sein, ebenfalls als widerlegt bezeichnet werden.

§ 940 ZPO. fordert, daß die zu treffende Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig ist.

---

63) OLG. Königsberg Rspr. 1 S. 272.
64) Oben im Text zu Anm. 15 und 16.
65) Oben § 11 im Text zu Anm. 3—7.

Wie oben gezeigt ist[66]) bleibt die materiell-rechtliche Pflicht des Mannes zur Hergabe der Kostenvorschüsse im Falle der Bewilligung des Armenrechts an die Gattin unberührt; sie besteht weiter, aber sie hat doch eine Wirkung. In diesen Fällen fehlen nunmehr die Voraussetzungen für das prozessuale Mittel der einstweiligen Verfügung. Da die wesentlichen Nachteile eines Nichtvertretenseins nicht mehr drohen, und somit die Rechtsverfolgung in dieser Hinsicht nicht mehr gefährdet ist, erscheint eine solche vorläufige Regelung nicht mehr als nötig[67]).

Auch bei dem in der Praxis gelegentlich vorgekommenen Falle, daß der Frau das Armenrecht bewilligt ist, sie aber von dem ihr gemäß § 115 ZPO. dadurch erwachsenen Rechte auf Zuordnung eines Anwalts noch keinen Gebrauch gemacht hat, dürfte dahin zu entscheiden sein, daß eine einstweilige Verfügung wegen Drohens wesentlicher Nachteile nicht begründet ist[68]). Auch hier kann von dem Bestehen einer Notlage keine Rede sein.

Gelegentlich wird die Ansicht vertreten, eine Notlage liege auch dann nicht vor, wenn die Frau berechtigte Aussicht habe, auf ihren zu stellenden Antrag hin, das Armenrecht bewilligt zu erhalten[69]). Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen, da, solange noch die Möglichkeit besteht, daß die Frau von ihrem Manne Kostenvorschüsse erhalten kann, sie nicht als arm gelten kann. Wird ihr also mit diesem Argument die Bewilligung des Armenrechts abgelehnt, so läßt sich mit diesen Ausführungen das Vorliegen einer Notlage nicht mit Erfolg bestreiten.

---

66) § 10 Text zur Anm. 38.

67) In diesem Sinne sprechen sich die meisten bei Staudinger, § 1387 3g angeführten Entscheidungen aus, nicht wie dort behauptet wird, für das Entfallen der materiell-rechtlichen Leistungspflicht. Vgl. oben § 10 Anm. 35. OLG. Braunschweig Rspr. 42 S. 119; OLG. Braunschweig Rspr. 40 S. 70; OLG. Breslau Rspr. 21 S. 221; OLG. Celle Rspr. 16 S. 210—211; OLG. Darmstadt Rspr. 41 S. 50; OLG. Hamburg Rspr. 14 S. 223; OLG. Naumburg Rspr. 21 S. 97; KG. Rspr. 37 S. 93; Breme a. a. O. 2; Freudenthal-Sauerländer, § 114 1.

68) OLG. Naumburg Rspr. 26 S. 220.

69) z. B. OLG. Naumburg J.W. 1930 S. 730 Nr. 17.

Eine weitere Grenze hat die Aussicht der Frau, gegen den Mann eine einstweilige Verfügung zu erwirken, wenn die Aussichtslosigkeit dieses Rechtsverhältnisses augenscheinlich ist. Das ist der Fall bei Mittellosigkeit des Mannes [70]). Diese prozessuale Aussichtslosigkeit ist zu unterscheiden von der oben [71]) behandelten Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung der Frau. Während jene ihren materiellrechtlichen Anspruch beschränkte, wird hier der Rechtsbehelf der einstweiligen Verfügung versagt.

Ebensowenig wie die materiell-rechtliche Kostenvorschuß-Pflicht des Mannes durch die Armenrechtsbewilligung entfällt, steht hiermit schon die Mittellosigkeit des Mannes fest, die zur Versagung einer einstweiligen Verfügung führen würde, da die Voraussetzungen der Armenrechtserteilung nicht unbedingte Mittellosigkeit ist. Andererseits kann die Armenrechtsbewilligung eine erhebliche Stützung der Behauptung des Mannes sein, er sei mittellos [72]), doch wird es von der Lage des Einzelfalles abhängen, ob und inwieweit für die Behauptung weitere Stützung beizubringen ist. Ergibt sich jedoch unter Würdigung aller Umstände die Mittellosigkeit des Mannes, so ist wegen Zweck- und Erfolglosigkeit der Erlaß einer einstweiligen Verfügung abzulehnen. Dies ergibt sich aus § 938 I ZPO. Das Gericht hat zu bestimmen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind. Da aber von zwecklosen Maßnahmen nicht gesagt werden kann, sie seien erforderlich, dürften solche nicht anzuordnen sein. In diesen Fällen bleibt nur der Versuch, das Armenrecht bewilligt zu erhalten, übrig [73]).

Schlechthin darf mit dem Hinweise, daß auch die Ehefrau das Armenrecht erlangen würde, wenn sie es nur be-

---

70) Klien a. a. O. S. 427; Planck, § 1387 I 7; RGR.Kom. § 1387 6 b; Warneyer, § 1387 II 19; RG. in J.W. 06 560; OLG. Rostock in Meckl.Zeitschr. 47 S. 14—15.

71) § 6 Anm. 66 ff.

72) RG. J.W. 06 560.

73) RGR.Kom. § 1387 6 b; Stein-Jonas vor § 606 VI F. 4; RG. J.W. 06 S. 560; KG. Rspr. 30 S. 44; OLG. Hamburg Rspr. 14 S. 223; OLG. Karlsruhe J.W. 1919 S. 1001 Anm. 10; OLG. Rostock Meckl.Zeitschr. 47 S. 15.

antrage, nicht das Bedürfnis nach einer einstweiligen Verfügung verneint werden[74]).

Eine einstweilige Verfügung kommt endlich aber auch — konsequenterweise — nicht in Frage, wenn die materiellrechtliche Pflicht wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung gar nicht besteht. Dies folgt daraus, daß es sich in solchem Falle nicht darum handelt, wesentliche Nachteile abzuwehren[75]), die durch eine nicht genügend schnelle Behandlung im ordentlichen Verfahren entstehen könnten.

§ 13.

Zuständigkeitsfragen wegen besonderer Fälle.

Bezüglich des Begriffes „Gericht der Hauptsache" gemäß § 937 ZPO. besteht im Hinblick auf die Bestimmung des § 943 ZPO. noch Streit darüber, bei welchem Gerichte diese Zuständigkeit begründet ist, wenn die erste Instanz eine Entscheidung wegen des Hauptstoffes erlassen hat, aber das Rechtsmittel der Berufung noch nicht eingelegt ist. Bestritten ist hier, ob das Berufungsgericht, oder das Gericht der Vorinstanz das „Gericht der Hauptsache" ist.

Im ersteren Sinne wird folgendes ausgeführt[1]): Grundsätzlich bleibe[2]) das bisherige Gericht zuständig, da die Zuständigkeit des Berufungsgerichtes durch Einlegung des Rechtsmittels noch nicht begründet sei. Jedoch sei die Zuständigkeit des Berufungsgerichtes gegeben, wenn sich dies aus Zweck und Eigenart des vorzunehmenden Prozeß-Aktes ergäbe. Da solche besonderen Momente aber gegeben seien, wenn es sich um die Überleitung des Verfahrens in die höhere Instanz handle, müsse für die einstweilige Verfügung wegen der Kostenvorschüsse, aus denen sich diese Überleitung ergäbe, das Berufungsgericht zuständig sein. Für eine solche

74) OLG. Hamburg Hanseat.Ger.Bbl. 00 Nr. 30 ist daher abzulehnen.

75) OLG. München Seuff.Bl. 72 S. 848; OLG. Breslau Rspr. 21 S. 221; Mittelstein a. a. O.

1) LG. Breslau in ZZP. 54 S. 365.

2) So unter Bezugnahme auf RG. 68 S. 247 ff.

Entscheidung sprächen auch dringende Zweckmäßigkeitserwägungen. Es sei einfacher, wenn dieselbe Instanz, die die Hauptsache zu entscheiden habe, auch die einstweilige Verfügung erlasse, und es sei doch unmöglich, daß das Gericht, dessen Urteil angefochten werden solle, darüber zu befinden habe, ob die Berufung gegen ein Urteil Erfolg haben könne.

Hiergegen wird eingewendet[3]): Welches Gericht „Gericht der Hauptsache" sei, sei aus § 943 ZPO. zu entnehmen. Das Berufungsgericht werde es erst mit der Rechtsmitteleinlegung, da erst hierdurch das Verfahren in der Berufungsinstanz anhängig werde. Die Zuständigkeit des Berufungsgerichtes sei die Ausnahme, die erst mit der Einlegung frühestens Platz greifen könne. Es sei auch zweckmäßig, die Entscheidung bis zur Berufungseinlegung dem bisher zuständigen Gerichte zu belassen, da dieses Prozeß-Stoff und -Lage kenne. Erkläre es den Prozeß für aussichtslos und verweigere es die einstweilige Verfügung, so werde meistens hiergegen noch ein Rechtsmittel und damit eine Nachprüfungsmöglichkeit gegeben sein.

Diesen Ausführungen ist zuzustimmen. Wenn auch in der Regelung des § 943 ZPO. eine regelmäßig nacheinander platzgreifende Zuständigkeit bestimmt erscheint, voneinander getrennt durch den Eintritt eines Ereignisses, so ergibt sich doch aus dem Gesetze die erwähnte Regel, daß das erstinstanzliche Gericht zuständig ist bis zu dem Augenblick, d. h. bis zu dem Ausnahme-Ereignis, durch welches das Berufungsgericht infolge ausdrücklicher Erklärung zuständig wird. Nach jener Bestimmung ergibt sich diese Begründung der Zuständigkeit aber erst durch das Anhängigwerden des Rechtsstreites bei dem betr. Gerichte[4]). Vorher ist es also auch für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung nicht zuständig.

Einer besonderen Behandlung bedarf nun aber neben dem Fall, daß die Entscheidung wegen des Hauptstoffes mit dem Rechtsmittel der Berufung angefochten wird, noch der, daß dieses Rechtsmittel bezüglich einer Entscheidung wegen der

---

3) Walsmann a. a. O. S. 367—68.

4) RG. 68 S. 253; Walsmann a. a. O.; ebenso: Stein-Jonas, § 919 II 2 und Sydow-Busch-Krantz, § 943 3.

einstweiligen Verfügung benutzt wird. Infolge der speziellen Regelung, die das besondere Rechtsinstitut der einstweiligen Verfügung gefunden hat, insbesondere mit der Möglichkeit, Widerspruch gegen sie einzulegen [5]), über den dann durch Urteil entschieden wird, kann in Bezug auf sie ein eigener Rechtsmittelzug Platz greifen. Über den Widerspruch wird mittels Endurteil entschieden; dieses ist nach allgemeinen Bestimmungen mit der Berufung anfechtbar. Dieser Rechtsmittelzug führt nun dazu, daß die Fragen, die einstweiligen Verfügungen betr., vor einem anderen Gerichte behandelt werden, als vor dem Gerichte des Hauptstoffes: Dies war bisher — d. h. vor dem Einlegen des Rechtsmittels — in Bezug auf die einstweilige Verfügung nach den obigen Ausführungen das „Gericht der Hauptsache", insbesondere, weil es d a s, d. h. das einzige Gericht war, vor dem die Parteien stritten. Es herrscht nun Streit darüber, ob durch diese Zweiteilung eine Veränderung bewirkt wird oder nicht.

Einerseits wird gesagt [6]), der Streit über die mit dem Widerspruch angefochtene einstweilige Verfügung der nunmehr vor einem anderen Gerichte anhängig sei, sei ein neuer selbständiger Rechtsstreit. Er stelle eine neue Hauptsache dar. Um diese durchführen zu können, gebrauche die Ehefrau neue Kostenvorschüsse. Diese seien dem Manne durch einstweilige Verfügung aufzuerlegen und zwar durch das Gericht der Hauptsache. Dies wäre für diesen Streit nunmehr die neue Instanz, da als Hauptsache nur derjenige Anspruch anzusehen sei, der durch die Verfügung u n m i t t e l b a r gesichert werden solle. Das Ergebnis dieser Ausführung sei auch nicht unannehmbar. Der Grundsatz unbedingter Gewährung mehrerer Instanzen sei in der ZPO. nicht enthalten. Es sei richtig, daß nunmehr das erstinstanzliche Gericht und das Berufungsgericht gleichzeitig Vorschußzahlungen anordnen können, allein dies sei lediglich darauf zurückzuführen, daß zwei Verfahren anhängig seien, die beide besondere Kosten verursachten.

---

5) OLG. Braunschweig in Rspr. 23 S. 236—37.

6) OLG. Braunschweig in Rspr. 23 S. 237; S y d o w - B u s c h - K r a n t z, § 943 1.

Diesem gegenüber wird nun geäußert[7]): Die Zuständigkeit eines Gerichtes für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung nach § 940 ZPO., wie sie hier zur Rede stehe, ergäbe sich aus jener Bestimmung, daß das Gericht der Hauptsache für den Erlaß zuständig sei. Hauptsache sei aber der in dem Hauptprozesse behandelte Streitstoff. In Bezug auf jenes Rechtsverhältnis sei ein einstweiliger Zustand zu regeln. Zwar würden die Kostenvorschüsse gebraucht zur Durchführung des im Berufungsverfahren anhängigen Rechtsstreites über den gegen eine einstweilige Verfügung erhobenen Widerspruch, aber ihre Gewährung stelle doch einen Schutz dar in Bezug auf den in der ersten Instanz anhängigen Rechtsstreit über den Hauptstoff. In Bezug auf diesen solle die Ehefrau zu ihrem Schutze Mittel erhalten, deren sie wegen der Gefahren, die sich aus dem Verhalten des Mannes ergäben, bedürfe. Das Verfahren wegen der einstweiligen Verfügung vor der Berufungsinstanz sei als Teil des Hauptprozesses anzusehen. Aus diesem Grunde gehöre die Entscheidung über den Kostenvorschuß zur Ermöglichung der Durchführung dieser Berufung zur Zuständigkeit des Gerichts, bei dem der Prozeß über den Hauptstoff anhängig sei. Es müsse auch schon so entschieden werden[8]), da bei der gegenteiligen Ansicht, daß das Gericht erster Instanz und das Berufungsgericht für die einstweilige Verfügung wegen der Kostenvorschüsse für das Widerspruchsverfahren zuständig seien, die Gefahr bestehe, daß wegen desselben Anspruchs mehrere einstweilige Verfügungen ergingen.

In dieser Streitfrage dürfte der letzteren Ansicht zuzustimmen sein. Die Auffassung, daß dadurch, daß eine neue Instanz mit den Fragen wegen der einstweiligen Verfügung befaßt wird, ein neuer selbständiger Rechtsstreit entstehe, der eine neue Hauptsache darstelle, ist abzulehnen, da — wie ausgeführt — auch in dieser neuen Instanz darüber gehandelt wird, ob der Ehefrau in Bezug auf das streitige Hauptrechtsverhältnis ein Schutz zu gewähren sei oder nicht. Ob nun dieses Berufungsverfahren anhängig geworden ist wegen

---

7) OLG. München Rspr. 23 S. 237; OLG. Hamburg Rspr. 13 S. 242.

8) OLG. Hamburg Rspr. 13 S. 242.

einer einstweiligen Verfügung, die die Kostenvorschüsse betrifft oder vielleicht im Eheprozesse gemäß § 627 [9]), immer ist in Bezug auf den streitigen Hauptprozeßstoff ein Schutz zu gewähren. Für die gegenteilige Auffassung, daß als Hauptsache nur derjenige Anspruch anzusehen sei, der durch die einstweilige Verfügung unmittelbar gesichert werden solle, ist keinerlei Beweis angetreten. Ein solcher ist auch nicht zu erbringen, da sich die Tatsache nicht hinwegleugnen läßt, daß alle diese in der Berufungsinstanz mittels einer einstweiligen Verfügung gemäß § 940 ZPO. erlangten Kostenvorschüsse nicht zur Schutzgewährung hinsichtlich selbständiger Ansprüche bestimmt sind, sondern zu dem Zwecke, anderen Ansprüchen zu dienen, beigetrieben werden. Aus diesen Gründen trifft die letztere Ansicht zu, wenn sie, gleichgültig, in welchem Stadium sich das besondere Verfahren wegen der einstweiligen Verfügung befindet, ausschließlich das jeweilige Gericht des Hauptstreitstoffes für das Gericht der Hauptsache und somit für ausschließlich zuständig für den Erlaß einstweiliger Verfügungen hält. Mag formell ein neues Verfahren vor einer neuen Instanz entstanden sein, an der materiellen Lage, daß alles, was geschieht, zugunsten des streitigen Hauptrechtsverhältnisses, das somit immer Hauptsache bleibt, unternommen wird, wird nichts geändert. Wie richtig betont ist, kann auch nur bei dieser Betrachtungsweise die Gefahr vermieden werden, daß durch mehrere einstweilige Verfügungen für einen Streitstoff mehrmals Kostenvorschüsse gefordert werden.

9) So OLG. München Rspr. 23 S. 237.

Lebenslauf.

Ich, Carl-Ludwig Freudenthal, wurde am 8. Juni 1907 in Güstrow in Mecklenburg als Sohn des Kaufmanns Wilhelm Freudenthal und seiner Ehefrau Betty, geb. Krogmann, geboren.

Von Ostern 1914 bis Michaelis 1919 besuchte ich nacheinander die Bürger- und die Realschule in Teterow in Mecklenburg. Von Michaelis 1919 bis Ostern 1926 war ich Schüler des Realgymnasiums in Güstrow. Am 26. Februar 1926 bestand ich die Reifeprüfung. Vom 1. April 1926 bis Ostern 1927 absolvierte ich, da ich zunächst Kaufmann zu werden gedachte, eine praktische Lehrzeit in einem Handelshause in Hannover. Im Sommer-Semester 1927 bezog ich die Eberhard-Karls-Universität in Tübingen, wo ich, in der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät immatrikuliert, bis zum Sommer-Semester 1928 einschließlich studierte. Im Winter-Semester 1928/29 studierte ich an der Friedrich-Wilhelms-Universität in Berlin, und vom Sommer-Semester 1929 bis zum Winter-Semester 1930/31 besuchte ich die Landesuniversität in Rostock. Am 16. März 1931 bestand ich vor der juristischen Prüfungsbehörde beim Meckl.-Schwer. Landgericht zu Rostock die 1. juristische Prüfung. Am 26. März 1931 wurde ich zum Referendar ernannt. Seit dem 2. April 1931 bin ich im meckl.-schwer. Vorbereitungsdienste beschäftigt.